UN 'DIRITTO COMUNE' IN MATERIA DI 'RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE' NEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTA

Riccardo CARDILLI

Sommario: 1.Considerazioni introduttive.- 2.L''impossibilità' della prestazione e la responsabilità per inadempimento nel BGB tedesco e nel cod.civ. italiano del 1942.- 3. I criteri di imputazione nei codici europei e la loro interpretazione: la resistenza dei concetti di colpa, forza maggiore e caso fortuito nel divenire del sistema.- 4.La 'responsabilità-rischio d'impresa' come una 'responsabilità senza colpa' o come una particolare 'responsabilità per colpa' ?.-5.Considerazioni conclusive.

1.*Considerazioni introduttive*

La riflessione su un diritto comune dell'Europa[1] sta accompagnando i processi europei di unificazione economica e politica. Questa riflessione ha posto e pone problemi fondamentali agli interpreti, data l'esistenza, nell'area geografica interessata, oltre a numerosi ordinamenti statali, di due sistemi giuridici (sistema giuridico romanista e sistema di *common law*), i quali non permettono un'automatica individuazione di regole e di concetti comunemente applicati. Di qui la difficoltà di armonizzare i due sistemi al fine di realizzare un diritto privato comune, che come è stato detto, costituisce oramai una «emergenza» della Comunità Europea, per la formazione del quale bisogna rivalorizzare una scienza giuridica comune[2].

In questa linea, la ricerca di un 'diritto comune' degli ordinamenti giuridici particolari afferenti al sistema giuridico romanista potrebbe essere un passo importante nella definizione delle differenze e delle eventuali omogeneità con le soluzioni e i concetti espressi dal sistema di *common law*.

Questa è la prospettiva del presente articolo, il quale si prefigge lo scopo di ricercare e comprendere, da un punto di vista attento più agli elementi in comune che ai particolarismi, la sostanziale omogeneità delle regole e dei concetti del sistema giuridico romanista in materia di responsabilità contrattuale.

Negli ordinamenti giuridici afferenti a questo sistema giuridico, infatti, in materia di inadempimento dell'obbligazione, le regole codificate nel XIX-XX sec. ed utilizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza evidenziano, nella sostanza, un forte legame con la riflessione e la dogmatica che, da Quinto Mucio Scevola (giurista romano del II-I sec. a.C.), la scienza giuridica

---

[1]Su questo concetto vd. le belle pagine di G.PUGLIESE, *Aspetti del 'diritto comune europeo'*, in Scintillae iuris. *Studi in memoria di G.Gorla*, II, pp.1077 sgg. Da ultimo accentuando, in particolare, il ruolo fondamentale dei 'princìpi', R.SCHULZE, *Le droit privé commun européen*, in *Rev.intern.de droit comparé* 47 (1995), pp.7-32.

[2]R.ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law. The "Europeanization" of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, in *The Columbia Journal of European Law* 1 (1994/95), pp.63-105; anche il MENGONI accentua la necessità di accompagnare e completare «i processi di unificazione... da una profonda riforma degli studi di giurisprudenza e dei modi di preparazione dei giuristi teorici e pratici, integrata da un continuo interscambio tra le scuole di diritto e le sedi operative dei vari Paesi», al fine di favorire «l'acquisizione di modi di pensiero e modelli di argomentazione giuridica omogenei»; *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa ?*, in *Saggi, conferenze, seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato*, diretto da M.J.BONELL, 7, Roma (1993),pp.1-14 (le frasi riportate sono a p.14). Il KNÜTEL, in questa prospettiva, rileva l'importanza del diritto romano, ed in particolare delle *Institutiones* di Giustiniano, come strumento per realizzare «ein möglichst einheitliches Grundwissen vom römischen Recht [visto quest'ultimo come naturale diritto fondante questo diritto comune] in der EG»; *Römisches Recht und Europa*, in RIDA.41 (1994),pp.185 sgg., le parole riportate sono a p.222; cfr., altresì, con alcune modifiche, ID., *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in ZEuP.(1994), pp.244 sgg.; sul punto vd. anche S.SCHIPANI, *Andrés Bello romanista-isitituzionista*, in Sodalitas. *Scritti in onore di A.Guarino* 7, pp.3411 sgg.; ID., *Il Codice Civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei,* in *Riv.Dir.Civ.* 40 (1994), I, pp.359 sgg., in particolare pp.392 sgg. Il GIARO accentua ora l'unità dogmatica emergente dalla storia del diritto in europa, *Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermengung*, in *Ius commune* 21 (1994), pp.1 sgg. Su questo tipo di problemi vd. altresì M.LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*. Saggio storico-comparativo, Roma (1994).

ha elaborato sul punto nel sistema suddetto. Concetti come colpa, diligenza, forza maggiore e caso fortuito hanno, infatti, radici profondissime, giungono a noi attraverso innummerevoli precisazioni e sono stati oggetto di molte discussioni che ne hanno fatto veri e propri elementi-cardine del sistema[3]. Così pure la regola espressa da Ulpiano in D.50,17,23 (*dolum et culpam et diligentiam praestare~casus a nullo praestantur*), proiettata *in omne aevum* dai giustinianei, che la inseriscono nel titolo *de diversis regulis iuris antiqui*, percorre la storia del diritto dall'alto medioevo fino alle codificazioni, realizzando una linea di continuità particolarmente significativa[4].

Lo stesso non può dirsi, invece, per il concetto di 'impossibilità' della prestazione come limite della responsabilità contrattuale, ché se esso da un lato deriva da quello latino di *impossibilitas* e dalla valutazione del mancato adempimento e della responsabilità conseguente in termini di *posse*[5], dall'altro lato esso ha assunto un ruolo 'nuovo' rispetto al problema dell'inadempimento nel XIX secolo, ed in particolare nella Pandettistica tedesca, la quale lo ha visto come il limite generale della responsabilità contrattuale al posto di *casus*[6]. Il fatto, di per sé non necessariamente rilevante, ha assunto una importanza determinante per la scelta, mediata dalla dottrina che lo sosteneva, di codificare il concetto di 'impossibilità' nel BGB tedesco del 1900 (§ 275) e nel codice civile italiano del 1942 (art.1218) negli articoli deputati a fissare la regola in materia di inadempimento dell'obbligazione.

Si evidenzia, così, nella prospettiva propria di questo contributo, la necessità storica e dogmatica di approfondire l'incongruenza creatasi nel sistema giuridico romanista, valutando prima il problema della fissazione di un concetto parzialmente innovativo, almeno nel nuovo significato che gli si riconosce, negli ordinamenti tedesco ed italiano, ed in secondo luogo la regola che può ricostruirsi negli ordinamenti giuridici afferenti al sistema romanista in materia di criteri di imputazione.

2. *L''impossibilità' della prestazione e la responsabilità per inadempimento nel BGB tedesco del 1900 e nel cod.civ.italiano del 1942.*

Il concetto di 'impossibilità' della prestazione ha nel diritto romano un ruolo centrale sotto il profilo, per così dire, genetico, della nascita stessa dell'obbligazione (impossibilità originaria: *impossibilium nulla obligatio est*; D.50,17,185)[7]. Nell'àmbito della responsabilità per inadempimento, invece, il principio che il dovere presuppone la possibilità, sembra aver avuto un ruolo più marginale. Sotto quest'ultimo punto di vista, l'*impossibilitas*, intesa come *impedimentum naturale* distinta dalla *difficultas* (vd. Ven. in D.45,1,137,4)[8], è il limite alla responsabilità del debitore obbligato a *rem certam dare,* il quale è altresì tenuto oltre la possibilità, quando fosse

[3]Sul problema della 'resistenza' dei concetti nel divenire del sistema, vd., I.ZAJTAY, *Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und in Common Law*, in *Arch.civ.Praxis* 165 (1965),pp.97 sgg., in particolare pp.107 sgg.; e più di recente, P.CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Studia Pólay* (1985), pp.167 sgg. [= in *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano I*, Torino (1990),pp.89 sgg.].

[4]Con ciò non si vuole disconoscere, certo, il contributo della scienza giuridica dei tanti secoli interessati dalla mia affermazione, ma soltanto cogliere il mutamento di prospettiva che la discussione in materia sembra assumere in queste epoche. Non si tratta più di riconsiderare un principio della responsabilità per colpa, che si dà come acquisito, ma soltanto di sottoporre questo ad una serie di precisazioni e nuove suddivisioni, tenendo comunque fermo il limite del *casus a nullo praestantur*. Vd. infra nn.51-54.

[5]Vd. a riguardo E. RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung*, in *Festschr.Bekker* (1907), pp.171 sgg.; CHR.WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, Köln-Wien (1970), pp.7-18.

[6]Cfr. ad es. CHR.WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., pp.118 sgg.; S. WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts*, Berlin (1990), pp.75 sgg.

[7]Vd. a riguardo, più di recente, T.ARP, *Die anfängliche Unmöglichkeit*, Bonn (1988), *passim*; W.FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*, Paderborn (1990), pp.103 sgg.; R.ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town (1990), pp.686 sgg.

[8]Per l'importanza del passo in Fr.Mommsen ed in Savigny vd. CHR.WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit.,pp.123 sgg.

rinvenibile un suo comportamento diretto e commissivo causante l'impossibilità stessa (*culpa* nel senso più antico: Paul. D.45,1,91 pr.)[9].

Questa originaria e limitata rilevanza dell'‘impossibilità’ nell'ampio spettro dei problemi collegati all'inadempimento di ogni tipo di obbligazioni ben spiega la sua interpretazione in chiave di diligenza[10], la centralità della regola di D.50,17,23 (*culpam praestare~casus a nullo praestantur*) nella tradizione romanistica fino a Domat e Pothier, e l'assenza del ricorso al concetto di ‘impossibilità’ nei primi articoli codificati che regolano, in generale, il problema della responsabilità contrattuale[11].

Nella scienza pandettistica tedesca, invece, ed in particolare con Friedrich Mommsen, il concetto di ‘impossibilità’ assume una rilevanza sproporzionata, da un punto di vista dogmatico, rispetto al problema dell'inadempimento[12]. Fino alla prima metà del XIX sec. il concetto tradizionale che esprimeva il limite della responsabilità contrattuale era il *casus*. Quando si parlava di ‘impossibilità’ nell'àmbito della responsabilità contrattuale si intendeva appunto l'adempimento impedito da un caso fortuito. Con il Mommsen, a questo significato veniva sostituito quello di ‘impossibilità’ (*Unmöglichkeit*) della prestazione in senso ‘naturalistico’. Così esso diveniva l'unica causa di liberazione dalla responsabilità per inadempimento, spostando dal giudizio sulla colpa a quello sulla ‘possibilità’ in astratto della prestazione il momento cardine del processo logico dell'interprete per riconoscere la responsabilità contrattuale.

Questa metamorfosi, ben colta e studiata nei lavori in materia[13], ha avuto una rilevanza diretta ed una rilevanza indiretta. La prima si evidenzia sul piano normativo, in quanto attraverso il Windscheid finì con l'essere codificata nel BGB (§ 275), e, successivamente, attraverso la

---

[9]Vd. sul punto, a titolo di esempi, V.ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale in diritto romano. Corso 1926-1927*, Napoli (1933²; rist.1955), pp.9-28; C.A.CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la* culpa debitoris *nelle obbligazioni da* stipulatio in dando, in SDHI.32 (1966),pp.87 sgg. e sul passo, pp.93 sgg. [= *Per lo studio della responsabilità per colpa (Corso di diritto romano 1967-1968)*, Milano (1969),pp.90 sgg.]; e più di recente, M.KASER, *Perpetuari obligationem*, in SDHI.46 (1980), pp.87 sgg.; R.ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp.783 sgg.

[10] Sintomatico della distanza tra le due nozioni di impossibilità è l'attrazione nel concetto di *impossibilitas* di ipotesi di penuria di circolante in Baldus de Ubaldis, cfr. CHR.WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., p.22 n.80, pp.22-23.

[11] Cfr. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* [CMBC; a.1756], IV,20,1; *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande* [ABGB; a.1811], §§1294-1295; vd. I.BIROCCHI-U.PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir.intermedio)*, in ED.XXXIX (1988), pp.1069-1071. A riguardo non deve fuorviare la previsione del concetto di impossibilità nell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* [ALR] del 1794, in quanto il concetto ha qui il significato di limite della responsabilità nei casi in cui l'inadempimento sia dovuto a «*Zufall*» o a «*unabwendbare Gewalt und Uebermacht*» (§ 364:«Ensteht die Unmöglichkeit, den Geschloßnen Vertrag zu erfüllen, durch einen Zufall, oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen»). In sostanza, anche nell'ALR il debitore risponde al creditore del mancato adempimento determinato «*durch eigne Schuld*», risarcendo l'interesse in rapporto alla sua «*Verschuldung*» (§ 360: «Kann der Versprechende durch eigne Schuld dem Andern das Versprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das Interesse nach Verhältniß seiner eintretende Verschuldung haften»). Il WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit.,p.45, accentua giustamente il fatto che «Durch das Corpus Iuris dominiert der ‘casus’ als Befreiungsgrund, d.h. gemäβ der Maxime ‘casus a nullo praestantur’ als derjenige abstrakte Tatbestand, für den der Schuldner grundsätzlich nicht haftet»; ma accomuna, nella sostituzione di tale termine tecnico con l'impossibilità, l'ALR alla Scuola Storica.

[12]FR.MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, in *Beiträge zur Obligationenrecht*, Braunschweig (1853), passim; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad.it. C.FADDA-P.E.BENSA, Torino (1904), 2,I, pp.62 sgg. Qualche anticipazione sembra emergere già in SAVIGNY, *Pandektenvorlesung 1824-25*, Hrsg. H.HAMMEN, Frankfurt a.M. (1993), pp.219 sgg.; 256 sgg.

[13] Vd., ad es., le critiche rivolte al Mommsen, già dallo HARTMANN,*Die Obligation*, Erlangen (1875), pp.240 sgg.; cfr. altresì, E.RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung* cit., pp.171 sgg.; A.BRECHT, *System der Vertragshaftung*, in *Jher.Jahrb*.53, pp.213 sgg.; H.H.JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn (1969), pp.112 sgg.; CHR. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., pp.123 sgg; R.ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp.809 sgg.; S.WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertrags-verletzungen* cit., pp.79 sgg.; pp.237 sgg. Cfr. altresì le considerazioni di L.MENGONI, *Responsabilità contrattuale* cit., in ED.XXXIX (1988), pp.1076-1079.

mediazione dell'Osti[14], nel cod.civ.it. del 1942 (art.1218). La seconda trova lenta ma ampia espressione nella cd. pandettizzazione del sapere giuridico, cosicché anche negli ordinamenti nei quali i codici non facevano menzione dell'impossibilità negli articoli in materia di inadempimento, la scienza giuridica cominciò a parlare di impossibilità nel significato evidenziato come unico limite della responsabilità contrattuale[15].

Come era facile prevedere, sul nuovo concetto di 'impossibilità' si è concentrata la discussione della scienza giuridica sia tedesca che italiana, in quanto solo in base all'intepretazione è possibile precisarne l'effettivo significato. Da un lato si è fatto riferimento ad una «impossibilità oggettiva ed assoluta», che imporrebbe al debitore uno sforzo di adempimento ben superiore alla diligenza e, talvolta, inaccettabile alla luce della buona fede contrattuale[16], spostando per altro il ruolo della colpa, da criterio generale per imputare al debitore l'inadempimento, a criterio di imputazione dell' 'impossibilità' della prestazione[17]. In sostanza, affinchè il debitore non risponda dell'inadem-pimento non si dovrebbe più indagare e provare che il mancato adempimento sia dovuto ad un caso fortuito o ad una forza maggiore, ma bisognerebbe provare che la prestazione sia oggettivamente impossibile senza l'intervento di una colpa del debitore, a prescindere dal suo rapporto con lo sforzo nell'adempimento di quest'ultimo. Si dice, in sostanza, che «contenuto di ogni obbligazione è l'apprestamento di un determinato risultato concreto, astrazione fatta da ogni considerazione del comportamento idoneo a realizzarlo»[18].

Certamente, in Germania la *Unmöglichkeit*, voluta dai redattori del codice come causa principale di liberazione del debitore in caso di inadempimento, trovava nel concetto di *Unvermögen* una sua importante mitigazione[19]. La scienza giuridica tedesca ha d'altronde operato una interpretazione del § 275 coerente alla storia del sistema giuridico cui appartiene, giungendo molto presto a rivalutare profili dell'inadempimento meno rigidi dell''impossibilità in senso naturalistico', vagliando e riflettendo su aspetti patologici del rapporto obbligatorio in termini di *Leistungsstörung* e di *Vertragsverletzung* secondo il criterio di '*Treu und Glaube*' (§ 242). La *Unmöglichkeit* è stata così interpretata in termini di prestazione 'impossibile' secondo uno sforzo diligente (§ 276)[20]. La discussione, durata per più di 90 anni ed ancora in atto, verte sulla interpretazione delle 'parole' del codice tedesco, ed è stata condotta, talvolta inconsapevolmente,

---

[14]*Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv.Dir.Civ.* (1918),pp.209 sgg.; pp.313 sgg.; pp.417 sgg. [= in *Scritti giuridici*, Milano (1973),I, pp.1 sgg.].

[15]Vd. a titolo di esempio per la Francia G.DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, Paris (1877), I, pp.544 sgg., ma il discorso coinvolge anche l'Italia sotto il codice abrogato e la Spagna.

[16]Vd. le giuste osservazioni dello ZIMMERMANN, *op.ult.cit.*; ID., *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, in JZ. [Juristen Zeitung] 50 (1995) H.10, pp.477 sgg., in particolare pp.480-481. Cfr., altresì, la discussione sull'opportunità di conservare o meno il concetto di impossibilità nel progetto di riforma del diritto delle obbligazioni in Germania, tra H.H.JAKOBS, *Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht*, Paderborn-München-Wien-Zürich (1985), passim, e D.MEDICUS, *Gesetzgebung und Jurisprudenz im Recht der Leistungs-störungen*, in *Arch.civ.Praxis* 186 (1986),pp.268 sgg.; ID., *Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts*, in *Arch.civ.Praxis* 188 (1988),pp.168 sgg., in particolare pp.172-175.

[17]Vd. G.OSTI, *La revisione critica* cit.,p.344.

[18]Sono parole della VISINTINI che vogliono sintetizzare l'analisi dell'Osti sui vari tipi di obbligazione; *La responsabilità contrattuale*, Napoli (1979),p.25.

[19]Cfr. sul concetto di *Unvermögen,* H.H.JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung* cit., pp.126 sgg.; pp. 141 sgg.; K.LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I.Allgemeiner Teil*, München (1987; 14° ed.),pp.305 sgg.; J.ESSER/E.SCHMIDT, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, Heidelberg (1984; 6°ed), pp.303 sgg. Sul rilievo della parzialità della scelta italiana, di seguire il modello germanico solo per una parte, vd. le giuste osservazioni del DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale Lib.IV artt.1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca* (1988), p.448.

[20]Vd. ad es., H.H.JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung* cit., pp.205 sgg.; pp.222 sgg. che rivaluta la tesi dello Hartmann; ID., *Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht* cit.; e più di recente U.HUBER, *Leistungsstörungen,* in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*,(1981), pp.756 sgg.; D.MEDICUS, *Gesetzgebung und Jurisprudenz* cit., pp.276 sgg. Sulla proposta della *Schuldrechtkommission* per la riforma della parte sulle obbligazioni del BGB vd. W.ROLLAND, *Vorschläge für ein neues Schuldrecht in Deutschland*, in *Quaderni del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, diretto da M.J.BONELL, n.8, Roma (1993), in particolare pp.9-10 ed infra. Sul problema vd. anche M.G.CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino (1995), pp.205 sgg.

calando la formulazione legislativa nel contesto dogmatico preesistente, giungendo a reinterpretarla coerentemente al principio della colpa.

In Italia si può cogliere un movimento di pensiero analogo, sebbene meno omogeneo. L'art.1218 del c.c. del 1942, articolo che, nella prospettiva dei redattori del codice, esprime la regola generale che il codice indica in materia di responsabilità contrattuale[21], è frutto di un compromesso tra la tradizione francese, seguita nel codice italiano del 1865 (su cui vd. pross.§), e quella maturata in Germania nella seconda metà dell'800, e formalizzata nel § 275 del BGB del 1900. Infatti, grazie agli studi approfonditi dell'Osti in materia di impossibilità della prestazione, la teoria del Fr.Mommsen viene da un lato recepita e dall'altro migliorata, sì da fornire la premessa dell'attuale art.1218[22]. Questo articolo da un lato mantiene la clausola generale in materia di imputazione in termini di «causa non imputabile» (su cui vd. prossimo §), d'altro lato non la aggancia più direttamente all'inadempimento o al ritardo come nel codice del 1865, ma all'«impossibilità della prestazione». Di qui la codificazione di una regola che viene a mutare l'impianto interpretativo del giurista nello svolgimento di una tradizione dogmatica risalente al diritto romano che vedeva come presupposto della regola in materia di responsabilità contrattuale, non l''impossibilità' della prestazione, ma il mancato adempimento imputabile a colpa. Il giudizio sulla possibilità, invece, soprattutto se inteso come accertamento di una impossibilità oggettiva ed assoluta, così come ritengono i redattori del codice e la dottrina a cui quelli si ispirano[23], esclude che possa parlarsi di inadempimento inimputabile fino a che la prestazione rimanga in astratto possibile.

Anche dopo il codice del 1942, peraltro, diversi autori ed una parte della giurisprudenza hanno interpretato l'articolo in esame coerentemente al sistema, il che ha significato, implicitamente, una sua valutazione non solo collegata alla lettera del codice, alla 'impossibilità' in senso fisico e materiale, ma ad una 'impossibilità' che assume significato solo chiarendo i suoi presupposti all'interno della dogmatica esistente. Così, il concetto è stato valutato in base al tipo di obbligazione e allo sforzo richiesto secondo buona fede al debitore nell'adempimento, acquistando significato soltanto se collegato alla diligenza richiesta al debitore nell'adempimento (art.1176) ed ai limiti di esigibilità della prestazione da parte del creditore, imposti dalla buona fede contrattuale (artt.1175; 1375)[24].

---

[21]Così, giustamente, G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit., pp.37-38.

[22]Di questo autore, vd. in materia di 'impossibilità', *Revisione critica* cit., pp.209 sgg. Su questo A. vd. P.RESCIGNO, nella "Presentazione" di G.OSTI, *Scritti giuridici*, I, Milano (1973); G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit., pp.17 sgg.; G.SANTORO, *La responsabilità contrattuale*, Padova (1992),pp.7 sgg.

[23]Relazione al Codice, n.571 (PANDOLFELLI-SCARPELLO-STELLA RICHTER-DALLARI, *Codice civile delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori*, Milano [1942]) «L'art.1218,..., subordinando l'esonero da responsabilità alla condizione che l'inadempimento o il ritardo siano stati determinati da impossibilità della prestazione, ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata: di guisa che non può,agli effetti liberatori, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti al debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta...». Ed è così, infatti, che la intendeva l'OSTI, *Revisione critica* cit.; ID.,*Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità* cit.,pp.593 sgg. Per una rivalutazione di questa concezione vd. ora G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit., *passim* e pp.76-77; ID., *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Trattato Rescigno* 9.1, Torino (1984), pp.153 sgg.; ID., *Inadempimento*, in *Enc.Treccani* VI, (1989); V.DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano (1981),pp.98-100. Ne accentua la coerenza L.CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione, inadempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici*, in Scintillae iuris cit.,pp.1781 sgg., in particolare1785 sgg.

[24]Al di là, infatti, delle posizioni eterogenee assunte, il minimo comune denminatore di tutta una serie di interpretazioni proposte in dottrina è proprio quello della necessità di chiarire 'giuridicamente' il significato della parola 'impossibilità', superando quindi una sua interpretazione meramente letterale: E.BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni I.Prolegomeni*, Milano (1953), pp.115 sgg.; M.GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano (1975[3]), pp.228 sgg.; L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv.Dir.Comm.* 52 (1954) I, pp.199 sgg.; ID., *Responsabilità contrattuale (dir.vigente)*, in ED.XXXIX (1988), pp.1090 sgg.; S.RODOTÀ, *Diligenza (dir.civ.)*, in ED.XII (1964), pp.542 sgg.; U.BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano (1968), pp.97 sgg.; C.M.BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (artt.1218-1229)*, in *Comm.Scialoja e Branca*, Roma-Bologna (1973), pp.93 sgg.; ID., *Diritto civile*

Oltre, infatti, alle prestazioni che impongono necessariamente una coincidenza tra impossibilità oggettiva e soggettiva (ad es. prestazioni d'opera caratterizzate dall'*intuitus personae*)[25], anche per le prestazioni idonee ad essere realizzate da chiunque, si osserva che il giudizio sulla possibilità-impossibilità non può che ricorrere ad un termine medio che valuti la persistenza del dovere di prestazione in capo a quel debitore secondo il parametro prescelto[26]. Questo giudizio, di regola, ruoterebbe intorno alla possibilità di adempiere per il normale soggetto dell'obbligazione, cioè l'uomo singolo, cosicché viene a crearsi un parametro oggettivo, cioè l'uomo-diligente, secondo cui la particolare prestazione dovuta sarebbe possibile, al di là delle difficoltà presentatesi al particolare debitore[27]. Ed è per questo che si accentuano da un lato la duttilità e la funzionalità del modello dell'uomo diligente[28], dall'altro lato la relatività del concetto di impossibilità[29].

Si tratterebbe di capire, in sostanza, quando quel tipo di obbligazione, secondo buona fede, 'possa' ancora essere adempiuto in base ad un modello di uomo al quale si pretende che il singolo debitore debba conformarsi. Il giudizio sulla possibilità della prestazione, secondo queste interpretazioni, verrebbe così ad intrecciarsi indissolubilmente con la particolare diligenza richiesta dal tipo di prestazione[30]. Non avrebbe senso, infatti, valutare l'impossibilità in astratto, in senso 'naturalistico', in quanto essa, all'interno di un giudizio di responsabilità giuridica, implica a monte una riflessione collegata alla prestazione oggetto dell'obbligazione ed al comportamento del debitore, divenendone espressione necessariamente conclusiva[31].

Ciò ha comportato in Italia, come già in Germania, una rimeditazione dei princìpi codificati che regolano il rispondere contrattuale, rimeditazione coerente nella sostanza col *principium* del sistema giuridico a cui afferiscono questi due stati: *culpam praestare~casus a nullo praestantur* (D.50,17,23)[32].

V.La responsabilità, Milano (1994), pp.15 sgg.; U.NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio II.Il comportamento del debitore*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XVI t.2, Milano (1984), pp.80 sgg.; A.DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (artt.1173-1176)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma (1988),pp.452 sgg.; M.FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova (1988), pp.329 sgg.; G.SANTORO, *La responsabilità contrattuale* cit., pp.21 sgg. e pp.785 sgg.; F.GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano (1993),pp.35 sgg.; 57 sgg.; 143 sgg.; 232 sgg.; L.CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta* cit., pp.1793 sgg.

25 M.GIORGIANNI, *L'inadempimento*³ cit., pp.246 sgg.

26 Il BIANCA parla di «nozione obbiettiva della colpa», *La responsabilità* cit.,pp.15 sgg.; vd. anche A.DI MAJO, *Delle obbligazioni* cit.,pp.424 sgg.

27 E ciò tanto più in un sistema dove si definisce la 'prestazione' come «giuridica necessità di un comportamento del soggetto obbligato», U.NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio* cit.,2, pp.52 sgg.

28 Vd. per l'Italia M.GIORGIANNI, *L'inadempimento*³ cit., pp.228 sgg.; vd. altresì L.MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv.Dir.Comm.*52 (1954) I,pp.185-209; pp.280-320; pp.366-396, in particolare pp.199 sgg.; ID.,*Responsabilità contrattuale (dir.vigente)*, in ED.XXXIX (1988),pp.1072 sgg. in particolare, pp.1090 sgg.; U.NATOLI, *L'attuazione* cit.,pp.95 sgg.

29 Relatività collegata: al tipo di rapporto obbligatorio, che richiede un certo «impegno di cooperazione», E.BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni I. Prolegomeni* cit., pp.110 sgg.; «alle modalità concrete in cui quel rapporto deve trovare attuazione»; U.NATOLI, *L'attuazione* cit., pp.71 sgg. (le parole citate sono a p.72); al concetto in sé, che per essere chiarito abbisogna di una verifica «del suo effettivo intendimento ed osservanza da parte dell'ordinamento», prevalentemente attraverso le «decisioni giurisprudenziali»; C.M.BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni* cit., pp.93 sgg. (le parole citate sono a p.94); ID.,*La responsabilità* cit. pp.11 sgg.

30 Vd. anche A.DI MAJO, *Delle obbligazioni* cit.,p.475 e p.476 n.11 (continua da p.475).

31 Afferma il BIANCA: «Non è quindi su un presupposto significato del termine che può essere determinata la regola della responsabilità debitoria: è piuttosto la stessa nozione d'impossibilità che riceve significato specifico dalla regola della responsabilità debitoria. Essa è cioè uno dei punti finali di un esame che deve avere ad oggetto non il significato di singoli termini della norma ma la realtà del suo effettivo intendimento ed osservanza da parte dell'ordinamento»; *Dell'inadempimento* cit.,pp.93-94; di «impossibilità secondo buona fede» parla ora il SANTORO (G.), *La responsabilità contrattuale* cit., pp.792 sgg., come espressione dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art.1218.

32 A riguardo vale la pena riportare le parole del SANTORO (G.), *La responsabilità contrattuale* cit.,pp.1-2, il quale, pur all'interno di una prospettiva nazionale, afferma che: «Tanto lineare nella sua evoluzione nel corso

Si evidenzia, quindi, rispetto al rapporto tra ‘impossibilità’ ed inadempimento, una discussione che ha coinvolto proprio il primo di questi concetti, in particolare in Germania ed in Italia, negli stati, cioè, dove i codici nazionali hanno codificato, nell'articolo preposto alla fissazione della regola generale, un aspetto limitato del problema, al fine di chiarire i termini di una rottura formale con la tradizione esistente ed una eccessiva chiusura dei profili del rispondere contrattuale. Tutto ciò ha condotto, con notevoli sforzi degli interpreti e con posizioni non sempre omogenee, ad un rinnovamento della riflessione in materia di inadempimento, che ha realizzato una progressiva maturazione di soluzioni affrancate sempre più dalla lettera dei codici e dirette a reinterpretare il limite dell'‘impossibilità’ della prestazione come causa di liberazione dalla responsabilità contrattuale coerentemente allo sforzo che secondo buona fede può richiedersi all'uomo diligente per quel tipo di prestazione.

Si comprende altresì, perché le riserve ed i dubbi posti dal concetto codificato di ‘impossibilità’ assumano sempre più il significato di un momento della storia della responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanista, momento che coincide con l'enucleazione pandettistica di una regola in materia e con una parte del processo di codificazione nazionale del diritto romano in Germania ed in Italia, e perché nei nuovi progetti di riforma dei codici nazionali e di predisposizione di leggi o progetti internazionali di commercio tale locuzione non sia più riutilizzata.

Nella Convenzione dell'Aja del 1964 sulla vendita internazionale di beni mobili, così come in quella promossa dall'UNCITRAL (Vienna, 1980) non si parla di «impossibility»[33].

Nel progetto di riforma del diritto delle obbligazioni in Germania si è proposto di sostituire alla *Unmöglichkeit*, come concetto fondamentale del *Leistungsstörungsrecht*, quello di *Pflicht-verletzung*[34].

Anche la recente pubblicazione del Progetto preparato dalla ‘Commission on European Contract Law’, presieduta da Ole Lando, nel capitolo sulla «non-performance», non fa menzione della «impossibility»[35].

---

degli anni appare lo sviluppo della interpretazione giudiziale del “fatto illecito”, quanto indipendente dalla variabile “tempo” risulta lo svolgimento della produzione giurisprudenziale in tema di responsabilità contrattuale» (p.1), sebbene tale ‘resistenza’ dogmatica non sia da interpretare negativamente, come invece fa l'A. («Inoltre nella interpretazione di concetti vecchi di secoli [‘colpa’, ‘impossibilità’, ‘caso fortuito’, ‘forza maggiore’], la giurisprudenza non ha delineato alcun evidente segno di ‘progresso’»;pp.1-2), in quanto proprio la constatazione che la tendenza delineata non sia generale, ma propria solo di alcuni settori del diritto delle obbligazioni, ed in particolare del problema della responsabilità contrattuale, dimostra semmai che la giurisprudenza considera questa dogmatica ancora fortemente attuale, idonea ad attrarre e a razionalizzare anche nuove tecniche di imputazione dell'inadempimento. Non si tratterebbe, allora di «una diffusa tendenza dei giudici... a esprimere un ossequio... verbale al concetto di colpa come fondamento della responsabilità» (così G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit.,p.66), ma di una riflessione tesa ad adeguare i concetti esistenti a nuove realtà economico-sociali, adeguamento che l'elasticità semantica di questi sembra permettere, senza dover abbandonare la dogmatica esistente. Su un quadro della giurisprudenza in materia vd. anche F.GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contr.e impr*. 1991, pp.33 sgg.

[33]Cfr. a riguardo E.RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, Berlin (1958), II, p.368, A.TUNC, *Inexecution et force majeure dans la vente internationale*, in *Problemes de l'inexecution* cit., pp.179 sgg.; H.J.BERMANN, *Non-Performance and force majeure in International Trade Contracts*, in *Ibidem*, pp.31sgg.; H.J.MERTENS/M.REHBINDER, *Internationales Kaufrecht*, Frankfurt a.M. (1975), pp.255 sgg.; H.DÖLLE, *Kommentare zur einheitlichen Kaufrecht*, München (1976), pp.440 sgg.; V.TEDESCHI, *Responsabilità e risarcimento dei danni nella Convenzione dell'Aja 1° Luglio 1964 per la legge uniforme sulla vendita di beni mobili*, Genova (1978), *passim*; ID., *La responsabilità del debitore*, in *Il contratto nel diritto nord-americano*, a cura di V.TEDESCHI-G.ALPA, Milano (1980), pp.113 sgg.; M.J.BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano (1976), il quale accentua l'«esigenza di predisporre una disciplina suscettibile di una interpretazione ed applicazione internazionalmente uniforme» (p.70); tale esigenza avrebbe condizionato la scelta di non parlare di *frustration* e *force majeure*, ma di «cause di esonero» (*cases of relief; causes d'exonération*), in quanto quei concetti assumono nei diversi sistemi significati non univoci (p.70 e n.49).

[34] W.ROLLAND, *Vorschläge* cit., p.1; pp.5-6; pp.9-11.

[35]Vd. *The Principles of European Contract Law, Part I Performance, Non-Performance and Remedies*, ed. by O.LANDO-H.BEALE, Dordrecht-Boston-London (1995); d'altronde la necessità di non riproporre il concetto era stata ben evidenziata già dai diversi partecipanti all'incontro sul «futuro codice europeo dei contratti»; cfr. gli

Ad uguale risultato porta la lettura del capitolo sulla «non-performance» dei recenti «Principles for International Commercial Contracts» redatti dall' UNIDROIT[36].

E' peraltro interessante notare, in via puramente incidentale, che proprio in Germania ed in Italia, cioè dove i codici hanno realizzato una chiusura dei profili collegati all'inadempimento sull''impossibilità' obbiettiva ed assoluta, vi è stata, altresì, una valorizzazione dei profili della sopravvenienza. Così, in Germania, in termini di diritto introdotto dalla giurisprudenza, ex § 242 (*Treu und Glauben*) del BGB, come mancanza sopravvenuta della «base del negozio» (*Geschäftsgrundlage*)[37]; ed in Italia, accentuando un filone di continuità con la più antica tradizione della clausola *rebus sic stantibus*, in termini di «eccessiva onerosità sopravvenuta», verificatasi per «avvenimenti straordinari ed imprevedibili», non rientrante nell'«alea normale del contratto» (art.1467 cod.civ. del 1942)[38].

3.*I criteri d'imputazione nei codici europei e la loro interpretazione: la 'resistenza' dei concetti di colpa, forza maggiore e caso fortuito nel divenire del sistema*

Nel precedente § abbiamo visto che negli ordinamenti giuridici, come l'Italia e la Germania, dove i codici realizzano formalmente una deviazione dalla regola della colpa e quindi dal principio del sistema di cui fanno parte, l'opera della *iuris prudentia* tende ad una reinterpretazione della regola codificata coerente allo svolgimento del sistema stesso, valorizzando la colpa come criterio principe dell'imputazione dell'inadempimento.

La colpa è un rimprovero che si muove ad un uomo, un rimprovero che esprime un giudizio negativo sul suo comportamento[39]. Storicamente, il concetto giuridico di *culpa* muove proprio da questo generico àmbito per poi fissare alcune regole[40]. La principale tra queste - e quella più ricca di conseguenze per la storia giuridica successiva - è indubbiamente la creazione di un legame tra questo rimprovero ed un modello di uomo, quello dell'uomo diligente[41]. La *iurisprudentia* romana, riflettendo sul concetto di *culpa,* determinò un progressivo ampliamento delle condotte ascrivibili a colpa (*culpae adnumerare*), oltre alla negligenza anche l'*imperitia* (vd. Cels.D.19,2,9,5).

---

interventi e le comunicazioni, tra gli altri, di C.M.Bianca, D.Medicus, G.B.Ferri, G.Gandolfi, Th.Mayer-Maly, J.L.de los Mozos, A.Trabucchi, A.Tunc, D.Medicus, P.Stein, Fr.Wieacker in *Incontro di studio su «Il futuro codice europeo dei contratti», Pavia 20-21 ottobre 1990*, a cura di P.STEIN, Milano (1993).

[36]Su cui vd. prossimo §.

[37]P.OERTMANN,*Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig (1921); K.LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München-Berlin (1963³); F.WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, (1956); ID. in *Festschr.Wilburg* (1965), pp.229 sgg.; W.FLUME,*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft* (1992; 4° ed.), pp.494 sgg.; W.FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, München (1971).

[38]G.OSTI, *La clausola* "rebus sic stantibus" *nel suo sviluppo storico*, in *Riv.Dir.Civ.* (1912),pp.1 sgg.; ID.,*Appunti per una teria della sopravvenienza*, in *Riv.Dir.Civ.* (1913), pp.471 sgg.; pp.647 sgg.; ID.,*Clausola* "rebus sic stantibus", in NNDI.III,pp.353 sgg. Sui problemi dati dal rapporto tra articolo 1467 del c.c.it. del 1942, clausola *rebus sic stantibus* e presupposizione, vd. ad es. A.CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano (1974, rist.inalt.), pp.232 sgg.; M.BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano (1975, rist.inalt.), *passim*; M.BESSONE-A.D'ANGELO, *Presupposizione*, in ED.XXXV (1986), pp.326 sgg.; O.CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano (1979), *passim*, in particolare pp.177 sgg.; P.TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità*, in ED.XXX (1980),pp.155 sgg.; ID., *Eccessiva onerosità e appalto*, Milano (1983); A D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino (1992), pp.191 sgg.; P.GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano (1992), pp.297 sgg.

[39]Il concetto di *culpa* (in relazione a *culpare;* vd. S.SCHIPANI, *Responsabilità* 'ex lege Aquilia',Torino [1969], pp.106-107) si muove proprio dalla necessità del giudizio di lode o di biasimo di una condotta umana: è il rimprovero, che nell'etica aristotelica è condizionato dalla volontarietà dell'atto (;Je;;;J;Jkousion; *Eth.Nic*.III,1109b 35 sgg. [Bywater]), e che incontriamo a Roma, in responsi giuridici, già nella tarda repubblica, nel significato di mancato adeguamento della propria condotta ad un certo modello (*vir bonus; homo diligens*); (Q.Mucio) D.13,6,5,3; D.9,2,31; (Servio Sulpicio R.) D.18,6,12 (11).

[40]Cfr. S.SCHIPANI, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità* cit., pp.141-143.

[41]Vd. a riguardo, anche quanto dico in, *L'obbligazione di* praestare cit., pp.223 sgg.

La forza maggiore, concetto che rimanda alla *vis maior* delle fonti giuridiche classiche, esprime una forza irresistibile ed esterna[42]. La forza maggiore è sempre caso fortuito[43], mentre non è vero il contrario[44]. Questo rapporto tra i due concetti ha radici profonde e trova la sua definitiva fissazione, con molta probabilità, con Salvio Giuliano (giurista del II sec. d.C.), il quale a fronte della rigidità semantica di *vis*, preferisce indicare al plurale con «casi fortuiti» tutte le ipotesi per le quali si esclude un *praestare* del debitore, siano esse ascrivibili o meno nel concetto di forza maggiore (oltre al terremoto, alla *vis venti*, al naufragio -tipici esempi di forza maggiore- anche, ad es., la fuga dei servi che non erano solitamente da sorvegliare e la morte dello schiavo avvenuta *sine culpa*; D.16,3,1,35; D.13,6,18 pr.; D.50,17,23)[45]. Mentre *vis maior* ha, quindi, un valore semantico ‘positivo’[46], *casus* troverebbe negativamente il suo significato, originariamente, nell'àmbito di figure delittuali, come ciò che è accidentale in quanto involontario (*si modo sciens prudensque id commiserit. si vero casu, id est neglegentia*... Gai.*ad XII tab.* D.47,9,9), ed in una fase successiva, nell'àmbito dei rapporti obbligatori, come ciò che non sia dovuto a colpa (vd. Iulian.D.16,3,1,35; Gai.D.13,6,18 pr.; Ulp.D.50,17,23)[47].

---

[42]Il concetto latino *vis*, e non *casus*, rimanda a quello aristotelico di bivvva (*Phys*.IV,8,215a 2-7), il quale, a differenza di J;?'{u{;briς, non esprime originariamente alcun significato negativo; cfr. F.D'AGOSTINO, Bia. *Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*, Milano (1983), pp.20 sgg. Lo stesso valore è stato evidenziato rispetto all'originario significato del latino *vis*; a riguardo fondamentale L.LABRUNA, *Vim fieri veto*, Napoli (1971), pp.10 sgg.; ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli (1986), pp.11 sgg.

[43]Il che non significa identificare i due concetti; così, invece, la moderna letteratura, condizionata dall'endiadi «caso fortuito e forza maggiore» costruita già nella gl.‘*etiam si sine culpa*’ a D.4,9,3,1 «Scilicet levi, levissima tamen intervenit: non si nec levissima intervenit, ergo fuit casus fortuitus et sic non tenetur» (vd a riguardo D.MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milano [1957], pp.24-25) e seguita tra i moderni da L.GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, in ZHR. 3 (1860), pp.58 sgg.; pp.331 sgg. = cito da *Vermischte Schriften*, II,pp.397 sgg.; in particolare, pp.424 sgg. e sulla necessità di interpretare tutti i diversi concetti codificati in modo unitario, p.469 n.6; (cfr. a riguardo le considerazioni di A.EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt*, Wien (1883) [Neudruck Aalen 1970], pp.8 sgg.); vd. ad es. in Italia N.COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano (1894), p.55; e più di recente, G.COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano (1955), p.218; ID.,*Caso fortuito e forza maggiore*, in ED.IV (1960),pp.378 sgg.; A.CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore (dir.civ.)*, in NNDI.II (1958),p.989; P.TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano (1961), pp.198 sgg.; F.ANELLI, *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milano (1990), pp.1 sgg.; C.M.BIANCA, *La responsabilità* cit., pp.661-662; vd. ora per un tentativo di distinguere i due concetti, attraverso una valutazione complessiva del dato normativo esistente in Italia, F.REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Jus* (1987),pp.262 sgg.[= in *Digesto disc.priv.*, Sez.civ. II (1988), pp.250 sgg.]; P.FORCHIELLI, *Caso fortuito e forza maggiore (dir.civ.)*, in *Enc.Treccani* V (1988). Il fatto, poi, che la forza maggiore sia sempre caso fortuito, comporta l'impossibilità di escludere la prima dal secondo; contro una tale tendenza, affermatasi nella dottrina tedesca in relazione alle premesse dogmatiche della *Gefährdungshaftung* elaborate nel XIX sec. (su cui vd. *infra*), vd. la giusta reazione di R.KNÜTEL, *Zum "Zufall" in § 287 S.2 BGB*, in NJW. (1994), H.14, pp.900-901.

[44]Così, esattamente P.VOCI, Diligentia, custodia, culpa*. I dati fondamentali*, in SDHI (1990), p.127; sul rapporto tra *vis* e *casus fortuiti* vd. ad es. Gaius D.13,6,18 pr.

[45]Mi permetto di rimandare nuovamente a quanto dico in *L'obbligazione di* praestare cit.,pp.474-475.

[46]Queste «forze irresistibili ed esterne», cioè, sono individuabili e riconoscibili come tali; il concetto di *vis cui resisti non potest, vis externa, vis maior, vis naturalis* non nasce in funzione della delimitazione del *praestare* del debitore, ma per raggruppare una serie di accadimenti naturali e umani irresistibili; eccessivamente condizionati da una precostituita nozione di *vis maior* come «Haftungbefreiungsgrund» per eccellenza si dimostrano i lavori di TH.MAYER-MALY, *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, in *Festschr.Steinwenter* (1958), pp.59 sgg.; ID., Vis *(als juristischer Begriff)*, in PWRE.II, 17, coll.311-347 (in particolare § 6 *vis maior*; coll.340 sgg.); T.GIARO, *Excusatio necessitatis*, Warsawa (1980), *passim* e conclusioni pp.175-183; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der* vis maior, in *Iura* 32 (1981), 73 sgg.; qualcosa, ora, in A.DOLL, *Von der* vis maior *zur höheren Gewalt*, Frankfurt am Main - Bern - New York - Paris (1989), pp.46 sgg.; W.ERNST, *Wandlungen des* vis maior *Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, in *Index* 22 (1994),pp.293 sgg.

[47]Nella moderna discussione si accentua di solito la ‘relatività’ del concetto di caso fortuito; oltre agli autori citati alla n.42, vd. altresì, A.EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt (*vis maior*)* cit.,pp.7 sgg.; L.JOSSERAND, *Force majeure et cas fortuit*, in *Dalloz E.* (1934), pp.25-28; M.RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*,

Nel diritto romano, la *culpa* diviene, molto presto, il criterio fondamentale per riconoscere in caso di inadempimento la 'responsabilità' del debitore (il che equivaleva a dire che il debitore deve *culpam praestare*) ed offre fin dalla *iurispudentia* classica la regola normalmente seguita in materia (D.50,17,23)[48]. Quest'ultima con la codificazione giustinianea è proiettata *in omne aevum* (constitutio *Tanta/Dédoken*, 23), per cui se da un lato, in base all'utilità contrattuale, si risponde di solo dolo, di dolo e di colpa, d'altro lato, *casus a nullo praestantur*[49].

Non è un caso, quindi, che la riflessione del pensiero giuridico medioevale e moderno, così fortemente condizionata dal testo giustinianeo, si sia concentrata, pure con posizioni originali, essenzialmente sul significato della *culpa* e del *casus*, sui loro diversi contenuti e sulla loro gradazione nei rapporti contrattuali, senza però modificare i presupposti e i limiti della responsabilità fissati nella *regula* romana[50]. Così, ad es., per i glossatori[51], per i commentatori[52], per gli umanisti[53] e per i giusnaturalisti[54].

Freiburg / Leipzig (1896); C.VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, IV. Le obbligazioni*, Milano (1926; 5°ed.), n.2176-2178, pp.616-618 e più di recente, A.DOLL, *op.ult.cit.* Meno convincente sembra, invece, la distinzione tra caso fortuito 'oggettivo' e 'soggettivo', in quanto, a differenza della forza maggiore, il caso fortuito nasce come concetto individuato negativamente, in un primo tempo come ciò che accade senza la volontà del soggetto, e successivamente come *non culpa*. La distinzione, più correttamente, sembra il frutto della sovrapposizione di ipotesi ascritte alla forza maggiore nel caso fortuito, all'interno dell'endiadi sopra richiamata; cfr. già A.EXNER, *op.ult.cit.*,pp.71 sgg..

48Vd. M.TALAMANCA,*Colpa civile a) diritto romano e diritto intermedio*, in ED. VII (1960), pp.517 sgg.; ed ora P.VOCI, *Diligentia* cit.,*passim* e p.61.

49Su questo importante frammento vd. F.M.DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari (1982), I, pp.55 sgg.; S.TAFARO, Regula *e* ius antiquum *in D.50,17,23*, Bari (1984), pp.309 sgg.

50Vd. a riguardo, a titolo di esempi, le indagini sul pensiero giuridico dai glossatori fino alle codificazioni di D.MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milano (1957), *passim*; H.DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt a.M. (1960), pp.17 sgg.; pp.90-108; pp.185 sgg.; H.J.HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlin (1968), pp.35 sgg.; M.TALAMANCA, *Colpa civile* cit., pp.523 sgg.; CHR. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., pp.18 sgg.; pp.45-49; H.COING, *Europäisches Privatrecht (1500 bis 1800)*, Band I, München (1985), pp.434-435; I.BIROCCHI-U.PETRONIO, *Responsabilità contrattuale* cit., pp.106 sgg.; A.DOLL, *Von der* vis maior *zur höheren Gewalt* cit.,pp.135 sgg.

51A riguardo è significativa la discussione nella scuola dei Glossatori sul principio 'inter levissimam culpam et casum fortuitum nihil est medium' seguito poi nella glossa ordinaria; fondamentale D.MAFFEI, *Caso fortuito* cit., pp.11 sgg.; ed in particolare tra la posizione di Azzone, che distingue tra *vis maior*, come «ciò 'cui resisti non potest'» e *casus fortuitus*, «quando aliquid contingit, ut mihi dolus vel culpa levis aut levissima non possit imputari», e quella di Odofredo «partigiano... della concezione obbiettiva» (pp.19-23; sebbene non senza incoerenze colte dallo stesso Maffei, p.21). Su questi profili vd. anche H.DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen* cit., pp.61 sgg. (sulla *culpa*); pp.90 sgg. (sul *casus*); M.TALAMANCA, *Colpa civile* cit., in ED.VII (1960), pp.523 sgg.; H.J.HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit* cit., pp.35 sgg., il quale rileva come «die Glossatoren vollziehen nunmehr die terminologische Neuerung» (p.35) e riconosce nella reinterpretazione dell«etiam si sine culpa» di D.4,9,3,1 in termini di «rivestimento» (Bezug) della culpa levissima, l'affermazione definitiva del principio che «nür für Verschulden einzustehen ist» (p.36).

52Anche per i commentatori la discussione si concentra sui gradi della *culpa* e sulla possibilità di un *pactum generale de caso fortuito praestando*, vd. ad es. H.DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen* cit., pp.96 sgg.

53 Esempio fondamentale è il DONELLUS, *Comm.juris civilis*, in *Opera omnia*, ed. Maceratae (1830), IV tomo, XVI liber, VII cap. «de culpa...»; sull'importanza di Donello vd. M.TALAMANCA, *Colpa civile* cit., pp.532 sgg.; I.BIROCCHI-U.PETRONIO, *Responsabilità contrattuale* cit., pp.1065.

54Sulla posizione di GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, liber II, cap.12, n.13, ed in particolare sulla responsabilità del comodatario vd. G.A.LÖNING, *Die Haftung des Entleihers in der neueren schwedischen Rechtsgeschichte*, in ZSS.65 (1947) G.A., pp.208 sgg., in particolare pp.211 sgg. Di solito si accentua il ruolo di Grotius rispetto all'estensione dei profili della sopravvenienza, vd. M.DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz (1959), pp.127 sgg. e più di recente K.LUIG, *Dogmengeschichte des Privatrechts als rechtswissenschaftliche Gundlagenforschung*, in *Ius commune* 20 (1993), pp.193 sgg., in particolare pp.196-199. Coerente alla tradizione si dimostra anche S.PUFENDORF, *Tractatus de culpa*, Lemgow (1741), su cui vd.H.J.HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit* cit.,pp.111 sgg. Su Thomasius vd. altresì A.DOLL, *Von der* vis maior cit.,p.142.

Essa giunge sostanzialmente inalterata all'età dei codici cd. giusnaturalistici (a.1756 CMBC, IV § 20,1; a.1811 ABGB artt.1294-1295)[55].

L'ALR, del 1794, se da un lato si sofferma «molto diffusamente sulla rilevanza della colpa» (I,3 § 17-23)[56], dall'altro lato collega quest'ultimo concetto all' 'impossibilità' come adempimento impedito da un *casus* (I,5 §§ 360 e 364)[57].

Nello stesso tempo, come limite del rispondere contrattuale nei suddetti codici si privilegia il concetto di *Zufall* rispetto a quello di *höhere Gewalt*, confermando la scelta dogmatica risalente a Giuliano (aggettivato come: «*äußerlich- unversehener und ungewöhnlicher Zufall*», CMBC IV,13 § 10; «*äußerordentlicher Zufall*», ABGB § 1105; «*äußerer*» «*unvermeidlich*», «*unabwendbarer*» *Zufall,* ALR II,8 § 1734; II,8 § 2452; I,14 § 36; in II,8 § 447 si parla, per il limite della responsabilità dell'albergatore, di «*äuß ere Gewalt und Zufälle*»)[58].

Nel *código civil* spagnolo del 1889, la colpa come omissione di diligenza è il criterio fondamentale per imputare al debitore l'inadempimento, mentre i casi imprevedibili ed inevitabili rappresentano il limite della responsabilità contrattuale (artt.1104-1105)[59].

Nel BGB si fissa nel § 276 il *Verschuldensgrundsatz*[60], sebbene lo si colleghi non all'inadempimento come tale ma, come si è visto nel precedente paragrafo, alla impossibilità della prestazione (§ 275).

Nel *code Napoléon* del 1804, e nei codici da questo influenzati, gli articoli elaborati per esprimere una regola generale in materia di inadempimento, se da una parte parlano di «*inexécution de l'obligation*» e non di 'impossibilità' (art.1147 c.N. = art.1225 cod.civ.it.1865), d'altra parte risentono, invece, proprio in relazione ai criteri di imputazione e ai limiti del rispondere contrattuale, di una esigenza 'generalizzante'. Nel codice francese, infatti, si trova una formulazione generica -che influenzerà enormemente entrambe le codificazioni italiane- nella quale non si parla più di colpa e di caso fortuito ma di «*cause étrangère qui ne peut lui être imputée*» (art.1147 c.N. = art.1225 cod.civ.it.1865= art.96 Prog.Italo-Francese dir.obbl. 1929)[61].

Tale formulazione, inesistente in M.DOMAT[62] il quale parla di dolo, colpa e negligenza da una parte, e di forza maggiore e caso fortuito dall'altra, ed in R.J.POTHIER[63], è assente anche nel Progetto I e III Cambacérès.

Il *Premier Projet* [1793], Livre III, Titre I, § 2, art.11, recita: «Quand l'inexecution de l'obligation vient de force majeure ou de cas fortuit, il n'est point dû de dommages-intérêts»[64]; il

---

[55]Cfr. CHR. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., pp.92 sgg.; sul CMBC, pp.102-103; sull'ABGB, pp.115-117; I.BIROCCHI-U.PETRONIO, *Responsabilità contrattuale* cit., sulle varie soluzioni, comunque coerenti con la «tradizione del diritto romano», del Codex Theresianus (1766) e del cd. *Entwurf Martini* del 1794-1796, pp.1069-1070; ABGB, pp.1069-1071; su quest'ultimo codice vd. anche U.FLOßMANN, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Wien-New York (1983),pp.222-225.

[56]Così, I.BIROCCHI-U.PETRONIO, *op.ult.cit.*,p.1069.

[57]Le considerazioni di CHR. WOLLSCHLÄGER, *op.ult.cit.*,pp.106-115, accentuano troppo la semplice presenza della parola, svalutando i profili sostanziali di cosa significa nei §§ suddetti il concetto di 'impossibilità'; vd. supra n.11; da ultimo K.LUIG, *Das Privatrecht im „Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten" von 1794*, in *Arch.civ.Praxis* 194 (1994),pp.521 sgg., in particolare pp.532-533, accentua giustamente che la codificazione del concetto di 'impossibilità' nell'ALR è stata accompagnata dalla rilevanza di profili collegati alla cl.*rebus sic stantibus*. .

[58]Vd., a riguardo, A.DOLL, *Von der* vis maior *zur höheren Gewalt* cit.,pp.142-145.

[59]A riguardo è evidente il legame con il diritto romano tramandato nelle *Siete Partidas*; cfr. ad es. F.GARCÍA GOYENA y J.AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid (1844^2), III, pp.117-118; B.GUTIERREZ FERNANDEZ, *Códigos, ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid (1869), IV, pp.57-62.

[60]Vd. su questo par., S.WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertrags-verletzungen* cit., pp.254 sgg.; sul *Verschuldensgrundsatz*, vd. K.LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts* cit., I (14°ed.), pp.276 sgg.

[61]Cfr. CHR.WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., pp.103-105; C.A.CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ*.35 (1981), pp.993 sgg.; in particolare, pp.998 sgg.; I.BIROCCHI-U.PETRONIO, *Responsabilità contrattuale* cit., p.1068.

[62] *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed.Paris (1771), I, Livre I, Titre I, Section III, n.8 e 9, p.20

[63] *Traité des Obligations*, in *Oeuvres*, a cura di M.BUGNET, Paris (1848), I, pp.95 sgg.; vd. anche, ID., *Pandectae Justinianeae, in novum ordinem Digestae*, ed.Paris (1820), V,p.173.

Troisième Projet [an IV], Livre III, Titre I, § I, art.728 recita: «Lorsque la chose promise vient à périr par la faute du débiteur, ou par sa négligence, il doit indemniser celui avec lequel il a traité»; art.729: «C'est au débiteur à prouver que la chose due ou la chose promise a péri par cas fortuit ou sans qu'il y ait faute de sa part»; art.730: «Si celui qui doit livrer une chose certaine et determinée, n'a pas été mis en demeure de la livrer, il n'est tenu ni des cas fortuits, ni de la force majeure, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu, ou que par une faute précédente il n'ait donné lieu au cas fortuit»[65].

La formulazione fa la sua prima comparsa nel *Projet de la Commission du Gouvernment* (an VIII), redatto da Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis e Malleville, Livre III, Titre II, Chapitre II, Section II-III, artt.43 e 44. Nei *Discussions, motifs, rapports et discours* sul libro III, art.45 (futuro art.1147), alla critica del REGNAUD (DE SAINT-JEAN-D'ANGELS) «s'il suffit d'une cause qui soit étrangère au débiteur pour justifier son retard, et s'il ne serait pas nécessaire de réduire l'excuse du seul cas de la force majeure», il BIGOT-PRÈAMENEU ribatte che «l'excuse est réduite au cas où la cause étrangère au débiteur ne peut lui être imputée: 'il serait i n j u s t e de le rendre responsable de l'impossibilité absolue'» [lo spaziato è mio][66].

Già nelle prime interpretazioni al *code* la 'causa esterna non imputabile' viene interpretata come forza maggiore e caso fortuito[67]. I giuristi sono subito chiamati a chiarire il significato della formula codificata e di quella, da questa inevitabilmente evocata, di «causa imputabile», imprimendo una certa dinamica interpretativa alla identificazione dei criteri di imputazione oltre le regole che la tradizione tramandava. Mentre, però, per la «causa non imputabile» lo stesso codice francese ricordava espressamente come sicure cause esterne non imputabili la forza maggiore ed il caso fortuito (art.1148 c.N. = art.1226 cod.civ.it.1865), per la «causa imputabile», l'unico riferimento testuale era quello dell'art.1137 c.N. sull'obbligo di custodia secondo il parametro della diligenza del «*bon père de famille*»[68]. Di qui la discussione che ne seguì in Francia, rispetto all'estensione dell'applicazione del principio della colpa, e che si cercò di evitare in Italia con la generalizzazione della regola sancita nell'art.1137 c.N. (art.1224 c.c.it.1865)[69]. Si vide, comunque, quale ipotesi 'normale' di «causa non imputabile» il caso fortuito e la forza maggiore e di «causa imputabile» la colpa, realizzando, in Francia come in Italia, un'operazione complessa nella quale i princìpi della tradizione furono considerati coerenti al dettato normativo cristallizzato negli articoli dei codici[70], venendosi nella sostanza a conservare la continuità del

---

[64]Cito da P.A.FENET, *Recueil complet des travaux preparatoires du Code civil*, Paris [1827; Réimpression Osnabrück 1968], I, p.66.

[65] P.A.FENET, *op.ult.cit*.,I, p.279.

[66]PA.FENET, *op.ult.cit.*,XIII, pp.55-56; sul punto vd. le considerazioni di C.A.CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi* cit., pp.998-999 e n.34.

[67]Cfr. C.E.DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, Paris (1810²), II, pp.277 sgg. in particolare p.278.

[68]Su questo art. vd. G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit.,pp.125-136.

[69]Vd. a riguardo, le considerazioni di V.DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche* cit., pp.11-22; C.A.CANNATA, *Dai giuristi ai codici* cit.,pp.998-1001.

[70]Vd. per la Francia (dove la distinzione operata dal Pothier a seconda del tipo di obbligazione [vd. a riguardo C.A.CANNATA, *op.ult.cit*., pp.pp.995-998] condizionò anche la maturazione della teoria delle obbligazioni 'di mezzi' e 'di risultato'), a titolo di esempi, C.S.ZACHARIAE, *Cours de droit civil français*, trad.fr. della 5° ed.1839; Bruxelles (1842),I, pp.321 sgg. [= trad.it. di F.Fulvio, Napoli (1867), t.III, pp.247 sgg.]; G.DEMOLOMBE, *Traité des contrats* cit., I, pp.544 sgg.; CH.AUBRY-CH.RAU, *Cours de droit civil français*, Paris (1922; 5°ed.), IV, pp.406 sgg.; A.COLIN-H.CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris (1921³), II,pp.7 sgg.; P.ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle*, in *Rev.trim.dr.civ*. (1933),pp.627 sgg.; ID., *Obligations*, I, in M.PLANIOL-G.RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris (1930),pp.520 sgg.; P.RENAULT, *Base de la responsabilité contractuelle en matière civile et commerciale*, Paris (1938), pp.17 sgg. (esame della giurisprudenza di Cassazione), pp.175 sgg. (ruolo centrale dell'art.1147 per unificare i nuovi criteri d'imputazione attratti nel concetto unitario di colpa); A.TUNC, *Force majeure et absence de faute en matiére contractuelle*, in *Rev.trim.dr.civ.* (1945),pp.235 sgg.; H.MAZEUD-L.MAZEUD-A.TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris (1957; 5° ed.), I, nn.659 sgg., pp.722 sgg., in particolare p.723, p.724, p.732; J.L. COSTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, Stuttgart-Bruxelles (1960), pp.219 sgg.; B.STARCK, *Droit civil.*

sistema, che una interpretazione strettamente agganciata al dettato letterale avrebbe in astratto potuto impedire: 'causa' imputabile non rimanda, infatti, necessariamente alla colpa, ma ad un semplice nesso causale obiettivo tra evento-inadempimento e debitore[71].

Una situazione analoga a quella dei codici francese del 1804 ed italiano del 1865 si è determinata anche rispetto all'art.1218 del cod. civ. it. del 1942[72], per il quale si è eliminato il dualismo degli artt.1147-1148 c.N.; artt.1225-1226 c.c. it.1865, e si è preferita la formulazione unitaria, relativa al criterio di imputazione ed ai limiti del rispondere contrattuale, di «causa non imputabile», la quale, però, ha posto nuovamente problemi interpretativi rispetto al principio della colpa[73].

Anche rispetto all'art.1218 del c.c.it. del 1942 è interessante notare come la discussione dogmatica sulle parole del codice abbia ugualmente portato a valorizzare il sistema concettuale e le regole giuridiche esistenti ed abbia, seppure non senza soluzioni eterogenee, portato ad interpretare l'articolo in esame, di regola, in termini di colpa, forza maggiore e caso fortuito. Il problema posto all'interprete dalla nozione di «causa non imputabile~causa imputabile», sebbene quest'ultima collegata non all'inadempimento come tale, ma all''impossibilità' della prestazione (intesa, però, da una parte degli interpreti, come abbiamo visto nel precedente §, come limite dello sforzo di diligenza imposto al debitore secondo buona fede), è stato essenzialmente ricondotto nell'alveo dei concetti che una millenaria tradizione aveva elaborato per inquadrare e risolvere le diverse ipotesi di inadempimento: «cause non imputabili» per eccellenza sono le ipotesi ascritte a forza maggiore e a caso fortuito; «causa imputabile» è, di regola, la colpa.

Obligations, Paris (1972), nn.2051 sgg.; pp.608 sgg.; PH.MALURIE-L.AYNÈS, *Cours de droit civil. Les obligations*, Paris (1985), pp.319 sgg., in particolare pp.324 sgg.; pp.331-332; pp.332 sgg.; per una sintesi dello stato della dottrina e della giurisprudenza vd. anche, *Codes Dalloz* 124° ed. (1991-1992), pp.753 sgg. Per l'Italia, sotto il codice abrogato, vd., G.P.CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno I.Colpa contrattuale*, Torino (1897²); N.COVIELLO, *Del caso fortuito* cit.; V.POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma (1915²), pp.402 sgg.; F.LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli (1893), passim; L.BARASSI, *Sulla responsabilità per inadem-pimento* cit., pp.21 sgg.

[71]Vd. per questa constatazione, nel contesto normativo del codice civ. ital. del 1942, P.RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito* XIV (1954), p.II,pp.388-394; vd. altresì M.GIORGIANNI, *L'inadempimento*³ cit.,p.175. Rispetto al rapporto tra *causa* e *culpa* nel diritto romano vd. Alf. D.9,2,52,2, Lab. D.19,2,11,4; D.19,2,57; su questi problemi cfr. D.NÖRR, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht*, in *Festschr.Wieacker (70 G.)*, (1978), pp.115 sgg.; ID., *Causa mortis*, München (1986), pp.25 sgg.

[72]La scelta di parlare esclusivamente di «causa non imputabile» voleva evitare le discussioni e i dubbi maturati nel rapporto tra i concetti di «causa esterna» e di «forza maggiore e caso fortuito» in base agli artt.1225-1226 del cod.civ. it. del 1865; vd. R.BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Cod.civ. del 1865 al Cod.civ. del 1942)*, Bologna (1990²), I, p.155 n.7.

[73]Per un primo riferimento, vd., ad es., accentuando la regola della colpa, sebbene con prospettive differenti, F.MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II,2, Milano (1950³), §§ 113-114; D.BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino (1951³), II,pp.47 sgg.; L.MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* cit., pp.185-209; pp.280-396; ID., *La responsabilità contrattuale* cit., pp.1072-1099; M.GIORGIANNI, *L'inadempimento³* cit., *passim* ed in particolare pp.191 sgg.; ID., *Inadempimento (diritto privato)*, in ED.XX (1970), pp.860-890; E.BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni I.Prolegomeni* cit., pp.110 sgg.; U.BRECCIA, *Diligenza e buona fede* cit.,pp.97 sgg.; C.M.BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni* cit., *passim* ed in particolare pp.79 sgg.; ID., *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv.Dir.Civ.* (1964) I, pp.478 sgg.; ID.,*Diritto civile V.La responsabilità* cit.,pp.11 sgg.; U.NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio II Il comportamento del debitore* cit., pp.42 sgg.; M.FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore* cit.,pp.329 sgg.; A.DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* cit.,pp.463 sgg.; G.SANTORO, *La responsabilità contrattuale* cit.,pp.25 sgg.; 32 sgg.; F.GIARDINA, *Responsabilità contrattuale* cit.,pp.143-144; accentuando, invece, il profilo dell'impossibilità, nel senso di oggettiva e assoluta, G.OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.* 8 [1954], pp.593-616; negando alla colpa il ruolo di regola in materia di responsabilità per inadempimento sotto l'attuale codice, ed accentuando invece quello di "causa imputabile/non imputabile" della impossibilità, G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit., pp.76-79; ID., in *Trattato Rescigno*, 9,I, pp.155 sgg.; V.DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche* cit.,pp.pp.98-99; L.CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta* cit.,pp.1795 sgg.

Ciò, peraltro, non ha significato un appiattimento dei modi di risolvere i nuovi problemi collegati alla responsabilità contrattuale entro un quadro statico, metastorico, ma al contrario ha permesso di valorizzare le regole e i concetti che l'esperienza giuridica del sistema giuridico romanista ha fino ad oggi elaborato, continuando, nel solco di questa tradizione, a precisare ed innovare le ipotesi di colpa che conducono ad una responsabilità per inadempimento.

Quella delle formulazioni dei codici e della loro interpretazione è quindi una fase di questa storia, che proprio per la necessità di codificare una regola generale in materia, maturata in un certo periodo, ha sentito l'esigenza di ricorrere a formulazioni generiche, come «*cause étrangère qui ne peut lui être imputée*» (art.1147 c.N.), «*Umstand[es], den er [der Schuldner] nicht zu vertreten hat*» (§ 275 BGB) e «causa a lui [al debitore] non imputabile» (art.1218 c.civ.it.1942), le quali, se da un lato hanno permesso di continuare a considerare l'imputazione dell'inadempimento per colpa e l'esclusione della responsabilità nelle ipotesi ascritte a caso fortuito o a forza maggiore come la ‘regola’ normalmente applicata, d'altro lato hanno contemporaneamente favorito la riflessione e l'ampliamento delle logiche di imputazione dell'inadempimento che rispondessero, entro particolari settori del diritto delle obbligazioni, a nuove esigenze d'ordine sociale ed economico[74]. Per ciò, l'interprete del singolo diritto nazionale ha continuato, seppure spesso inconsapevolmente, ad arricchire e ha contribuito a migliorare la regola comunemente applicata nel sistema giuridico di cui faceva parte, divenendo strumento ineliminabile di mediazione tra la tradizione dogmatica della quale è partecipe ed espressione, e le nuove tecniche di imputazione dell'inadempimento in base alle spinte evolutive di modelli economici in veloce espansione e globalizzazione.

Il discorso fatto per i codici e le interpretazioni proposte su questi, sembra valere, almeno nella sua sostanza, anche per le leggi internazionali e i progetti europei in materia.

Rispetto ai problemi dati agli interpreti dall'art.74 della Convenzione dell'Aja del 1964 sulla vendita internazionale di beni mobili e sul tipo di responsabilità indotto dagli artt.25, 74 e 79 della Convenzione UNCITRAL, sulla vendita internazionale di beni mobili (Vienna, 1980), emerge una tendenza ad appiattire la lettura sul solo modello di *common law* (responsabilità oggettiva)[75], sebbene, come è stato detto, «le formule... della nuova convenzione si presentano,..., ad una duplice lettura: l'interprete che proviene da una esperienza nella quale la responsabilità contrattuale è fondata sulla colpa tende, necessariamente, a rintracciare nel testo le linee... del proprio sistema, e quindi ad assegnare ai singoli termini quei connotati che siano sufficienti a ricostruire il principio della colpa; l'interprete che, per contro, proviene da un sistema nel quale la responsabilità contrattuale è oggettiva vi legge invece una regola che prescinde completamente

[74]Vd., ad es., per una valutazione giurisprudenziale del concetto di «causa non imputabile», le considerazioni di G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit., pp.345 sgg.; V.DE LORENZI,*Classificazioni dogmatiche* cit., pp.75 sgg.; M.FRANZONI, *Colpa presunta* cit.,pp.359 sgg., e più di recente G.SANTORO, *La responsabilità contrattuale* cit.,pp.807 sgg. A riguardo va detto che la critica che questi autori muovono alla valutazione degli indirizzi giurisprudenziali fatta dal BIANCA, *Inadempimento* cit.,pp.96 sgg.; su cui concorda anche A.DI MAJO, *Delle obbligazioni* cit.,pp.484 sgg., si concentra sulla necessità di vagliare lo sviluppo giurisprudenziale in materia, non solo attraverso le massime, ma con la lettura dell'intera sentenza. Certamente la valutazione della sola massima può nascondere talvolta il rischio di non comprendere l'effettivo principio di diritto applicato dalla Corte di Cassazione nello svolgimento della sentenza. Questa constatazione non coinvolge, però, a mio avviso quelle formulazioni che per alcuni autori sono sembrate semplici espressioni di un ossequio a regole e concetti antichi (cfr. supra n.32). La massima riflettendo, comunque, «una decisione dell'organo supremo della magistratura» è momento fondamentale per cogliere gli indirizzi giurisprudenziali esistenti, in quanto espressione di *rationes decidendi* ufficiali, le quali non devono essere considerate necessariamente come acritiche riproposizioni di principi tradizionali, ma al contrario dimostrano come in materia di responsabilità contrattuale i concetti e le regole esistenti sembrano al giudice supremo spesso soddisfare il principio di diritto da applicare al caso concreto; da ultima sul punto vd. G.VISINTINI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in *Riv.Dir.Civ.*41 (1995), pp.193 sgg., in particolare pp.197-199, dove si contrappone ad una *ratio decidendi* ufficiale, una *ratio decidendi* implicita, la cui esplicitazione sarebbe compito della dottrina.

[75] Così M.J.BONELL, *La nuova disciplina della vendita di cose mobili nella convenzione di Vienna del 1980*, in *Giur.comm.* 1980, pp.132 sgg.

dal concetto di colpa»[76]. Si prospetterebbe, quindi, ad una più attenta valutazione, anche rispetto a queste formule una interpretazione a seconda del sistema giuridico dell'interprete, il che si rifletterebbe conseguentemente sulla considerazione di esse conformemente o meno al principio della colpa.

Simile discorso potrebbe farsi per i «Principles for International Commercial Contracts» redatti dall'UNIDROIT, dove in base all'art.7.1.7 (*force majeure*) sembra individuarsi una certa oscillazione linguistica che si rifletterebbe nella sostanza, simile a quella evidenziata per la Convenzione di Vienna del 1980, quando si afferma che «Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment b e y o n d i t s c o n t r o l and that it could not r e a s o n a b l y be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences» (lo spaziato è mio)[77]. Per il Di Majo l'articolo in esame prende le distanze sia «dalla querelle che, negli ordinamenti di *civil law*, ha investito la nozione di ‘colpa contrattuale’», sia «dal modello di *common law* che ragiona in termini di ‘garanzia’ (dell'esecuzione)»[78].

Analogamente l'art.3.108 sulle cause d'esclusione della responsabilità per inadempimento dei «Principles of European Contract Law» della cd. Commissione Lando, parlando di «causa d'impedimento», «esterna all'àmbito d'influenza» del debitore, evoca nell'interprete continentale l'applicazione del principio della colpa e del *casus a nullo praestantur*.

Da questo punto di vista i giuristi, all'interno dei diversi ordinamenti giuridici (francese, italiano, tedesco, spagnolo e tutti gli altri ordinamenti frutto della frammentazione nei codici nazionali del sistema giuridico romanista), hanno operato e continuano ad operare, in materia di criteri di imputazione dell'inadempimento, con concetti e regole ‘comuni’, rendendo omogenee e coerenti, su un piano interpretativo, le eventuali difformità delle formulazioni codificate che di questa tradizione non sono che uno dei momenti storici, sicuramente un momento rilevante, ma pur sempre una fase di uno sviluppo storico unitario. Ciò non impedisce, peraltro, nella continuità evidenziata, di rinnovare le soluzioni in materia, proprio grazie ad una riflessione ricca ed approfondita sulle parole dei codici e sugli articoli esistenti, condizionata anche dai nuovi problemi che pone in materia di inadempimento delle obbligazioni il processo di industrializzazione e di globalizzazione del modello capitalistico degli scambi. Questa constatazione trova proprio nei riscoperti àmbiti di un cd. ‘rispondere’ senza colpa un esempio fondamentale, sul quale val la pena soffermarsi, se pur sommariamente.

4. *La ‘responsabilità-rischio d'impresa’ come una ‘responsabilità senza colpa’ o come una particolare ‘responsabilità per colpa’ ?*

---

[76]G.ALPA-M.BESSONE, *Inadempimento, rimedi contrattuali, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili (convenzione di Vienna, marzo 1980)*, in *Il contratto nel diritto nord-americano* cit.,pp.279 sgg., in particolare pp.287 sgg. (le parole riportate sono a p.289). Sul punto vd. B.NICHOLAS, *Impractibility and Impossibility in the U.N.Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *International Sales*, ed.by N.M.GALSTON-H.SMITH, New York (1984), cap.5 §§ 10-14, e, i commentari di M.WILL, V.KNAPP e D.TALLON, rispettivamente, agli artt.25, 74 e 79 in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, a cura di M.C.BIANCA-M.J.BONELL, Milano (1987), pp.205 sgg.; pp.538 sgg.; pp.572 sgg. In particolare, in relazione all'art.25, si è riconosciuto dal WILL che l'art. è «fruit of world-wide compromise» (p.205), e che la presenza costante del criterio del «reasonable man» comporta una certa relatività del tipo di responsabilità regolata nel suddetto articolo (p.207). Non per caso, questo è stato il primo articolo della Convenzione ad essere adottato a maggioranza. Sul rapporto tra *reasonable man* e *bon père de famille* vd. dello stesso A.,*op.ult.cit*., pp.218 sgg. Rispetto, poi, alle cause d'esonero previste all'art.79, il TALLON afferma che le ipotesi previste «constitute the traditional components of *force majeure*» (p.574). Sul punto vd. ora, anche, M.G.CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento* cit., pp.189 sgg.

[77]Sui problemi dati dal concetto del *reasonable care* e del *reasonable man* nel sistema di *common law*, in rapporto ai modelli di diligenza elaborati nel sistema di *civil law*, vd. anche V.TEDESCHI, *La responsabilità del debitore* cit.,p.120.

[78]*I ‘Principles’ dei contratti commerciali internazionali tra* civil law *e* common law, in *Riv.Dir.Civ*.41 (1995), pp.609 sgg., le parole riportate sono a p.623.

Storicamente, sebbene la colpa sia il criterio di imputazione dell'inadempimento che emerge come la regola in materia di responsabilità contrattuale, il sistema giuridico romanista conosce modelli alternativi, che dal principio della colpa prescindono[79].

Non è un caso, d'altronde, che il problema assuma connotati particolari in età commercialmente più dinamiche. Ed infatti, al di là poi dell'effettiva maturazione di regole alternative a quella della colpa, nelle potenziate attività di uso e di scambio di beni con l'ampliamento dei traffici, sembrano preferirsi modi di imputazione dell'inadempimento costruiti non tanto sul comportamento debitorio valutato secondo un modello astratto, quanto su profili più complessi, che possano tener conto della particolare funzione economico-sociale dell'attività svolta dal debitore e della complessità di mezzi e di uomini da questo utilizzati nell'adempimento dell'obbligazione assunta col contratto.

Già a Roma il *salvum fore recipere* dell'editto del pretore nasce proprio come norma edittale diretta a regolare in modo più gravoso l'obbligo di restituzione delle merci e la responsabilità conseguente per i *nautae*, per gli albergatori e per gli stallieri, rispetto al normale *praestare* nascente dalle *actiones civiles* (Ulpiano contrappone all'*omnimodo teneri* e al *teneri sine culpa* dell'*actio ex recepto*, il *dolum praestare* ed il *culpam praestare* delle azioni di deposito e di locazione-conduzione; D.4,9,3,1)[80]. Così l'*exercitor navis* risponde del fatto di coloro (liberi o schiavi) che utilizza nel trasporto, in quanto li adibisce a questo scopo *suo periculo* (D.4,9,7 pr.). Così il *colonus*, per Servio, garantisce anche la distruzione della villa presa in locazione a causa dell'incendio dovuto ad un suo schiavo, proprio perché questo è *domesticus,* cioè interno alla sua *domus* intesa come organizzazione destinata alla produzione agricola, e non *vis extraria* (D.19,2,30,4); così sempre il colono, decidendo di prendere in locazione il fondo altrui, si assume tutti quei ‘pericoli’ tipici della coltura agricola (*vitia quae ex ipsa re oriuntur*) che non dovranno essere garantiti dal locatore tenuto a *frui praestare* (D.19,2,15,2). Così, per Labeone, il *periculum* della frana del canale costruito è un pericolo tipico del costruttore (D.19,2,62), come la morte dello schiavo nella nave del vettore marittimo (D.14,2,10 pr.)[81]. In sostanza la giurisprudenza romana. all'interno di posizioni particolari e di una discussione in atto già nell'ultimo sec. a.C., precisa àmbiti e sfere di responsabilità collegate a debitori che dispongono di complessi unitari di uomini e mezzi predisposti ad attività che si impegnano a svolgere per contratto, in sostanza, ‘pericoli’ di cui ci si fa in ogni caso carico in quanto interni a queste sfere di responsabilità. Come già detto, con la fissazione della regola riportata in D.50,17,23 (*culpam praestare~casus a nullo praestantur*), diretta a valere, con la Compilazione giustinianea, per le età future, si condiziona, però, fortemente il panorama concettuale entro cui si muove la giurisprudenza continentale nell'età medioevale.

Questo vale anche in relazione a quel *ius singulare* indotto dalla prassi dei *mercatores* comunali, che in astratto avrebbe potuto preferire modi di imputazione sganciati dal principio della colpa applicato nel *ius commune*[82]. E così, anche nello svolgimento del *ius mercatorum* e nel

---

[79]Coerentemente agli scopi di questo contributo, non affronto il diverso problema della regola in materia di inadempimento nel *common law*, sulla quale, vd. ad es. V.TEDESCHI, *La responsabilità del debitore* cit.,pp.113 sgg.; su una riconsiderazione storica della regola che matura in detto sistema in termini di ‘responsabilità oggettiva’, vd. le interessanti considerazioni critiche di P.GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto* cit.,pp.25 sgg.

[80]Cfr. ora sul *teneri sine culpa* derivante dal *receptum*, in rapporto anche alle moderne codificazioni A.PETRUCCI, *La responsabilità* ex recepto *nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Index* 24 (1996), pp.455 sgg., in particolare pp.463 sgg.

[81]A riguardo vd. quanto dico in, *L'obbligazione di* praestare cit., pp.233 sgg.; 257 sgg.; 337 sgg.; 347 sgg.; 394-395.

[82] Da un rapido sguardo alle soluzioni collegate a problemi di inadempimento dell'obbligazione nei rapporti tra *mercatores*, non sembra emergere la maturazione di una regola diversa ed alternativa a quella normalmente applicata nel *ius commune* e nel *ius canonicum*; vd.ad es. BALDUS DE UBALDIS, *Consilia*, ed.Venetiis (1575), volumen V, cons.382, § 18, f.98 sulla *inopia fortuita* del *mercator*, la quale impedirebbe, a differenza della *inopia captata*, l'applicazione del *rigor statutorum*; nella LVI *Decisio Rotae Genuae*, riportata in BENVENUTUS STRACCHA, *De mercatura decisiones et tractatus varii*, ed. Lugduni (1610) [rist.anast. Torino 1971 in *Fonti per la storia del diritto commerciale e del diritto marittimo*, a cura di M.CHIAUDANO] si applica il principio *nemo tenetur de casu*, rispetto ad un obbligo di restituzione di *pecunia* depositata, *ablata violenter* da un *Dux*

passaggio da questo al diritto commerciale della società borghese[83], non sembra rinvenibile la maturazione di un principio contrario che fissi una responsabilità illimitata per particolari rapporti obbligatori o per precise figure di debitori.

Il *code de commerce* francese del 1807 ed il codice di commercio italiano del 1882 non si allontanano dai princìpi romani in tema di *receptum* e regolano la responsabilità del vettore in termini di *teneri sine culpa* salvo il limite della *vis maior* (*cod. de comm.* art.103¹ ²; cod.di comm. it. del 1882 art.400). Gli articoli in esame, per altro, sono stati valutati spesso non in termini di responsabilità senza colpa, ma come una particolare responsabilità per colpa, cioè colpa valutata attraverso un nuovo modello di uomo diligente[84].

In Germania la scuola Pandettistica, fissato il principio della *Verchuldenshaftung*, spiega in termini di finzione di colpa o di *ius singulare*[85] le prime ipotesi di *Gefährdungshaftung* rilevanti anche sul piano della responsabilità contrattuale. Il fondamento dogmatico di queste ipotesi viene ricercato nella responsabilità tecnica per custodia, nel *teneri ex recepto* e nella responsabilità per fatto degli ausiliari[86].Tale operazione interpretativa è evidente nella prospettiva dei limiti del rispondere per inadempimento nei contratti conclusi dalle imprese, dove, accentuando il *teneri sine culpa* della responsabilità per *receptum* e per fatto dei sottoposti, si considera la moderna responsabilità d'impresa, come responsabilità senza colpa (o oggettiva), sempre e comunque limitata dalla *vis* in base all'*exceptio* labeoniana (D.4,9,3,1). Di qui la discussione sul significato

---

generalis; il SIGISMUNDUS SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio*, ed.Venetiis (1650), p.26 n.139 applica la regola del *casus a nullo praestantur*, salvo il principio dispositivo e le ipotesi di *culpa praecedens*: «...de his casibus fortuitis et si nemo teneatur, quia eis resisti non potest, unde Procaccius merces, hoc fortuito casu deperditas, non tenetur restituere, nisi eius culpa praecesserit... Tamen de his casibus tenebitur, qui ad eos voluerit teneri, suscipie(n)do in se risicu(m) et periculum»; il IOSEPH LAURENTIUS M. DE CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, ed. Genuae (1707), [rist. anast. Torino (1971), in *Fonti per la storia del diritto commerciale* cit.,II], nel ‘*discursus*’ XXIII, p.102, n.35, valuta la condotta del vettore marittimo secondo il parametro della diligenza e precisa che (n.35) «casus fortuitus non dicitur, qui etiam a solo diligentissimo praevideri potuit...» e a p.102-103 n.37, e «generaliter enim casus fortuitus est accidens, quod per diligentiam, curamve mentis humanae non potest evitari nec praevideri»; cfr. anche sull'imputabilità del *casus* preceduto da colpa, p.103, n.51, p.104 nn.55-56. Cfr. ora, in relazione al concetto di caso fortuito nel trasporto marittimo, l'ampia ricerca di C.M.MOSCHETTI, *Caso fortuito, trasporto marittimo e assicurazione nella giurisprudenza napoletana del Seicento*, Napoli (1994).

83Vd. a riguardo L.GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrecht, I. Universalgeschichte des Handelsrecht*, Stuttgart (1891; Neudruck Aalen 1973), sull'antichità pp.48 sgg; sul medioevo, pp.96 sgg.; II, pp.15 sgg.; T.ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in RISG. (1952-53), pp.53 sgg.; ID., *Corso di diritto commerciale*, Milano (1962³), pp.1-143; H.POHLMANN, *Die Quellen des Handelsrechts*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hrsg.H.COING, München (1973), pp.801-834; F.GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna (1976); 2° ed. ampliata come *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna (1993) [su cui vd., per altro, le osservazioni critiche di U.SANTARELLI, in *Quaderni fiorentini* 23 (1994),pp.420-427]; G.CASSANDRO, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli (1974), sebbene in relazione soprattuto al negozio di cambio (pp.29 sgg.), al contratto d'assicurazione (pp.237 sgg.); alla cambiale (pp.395 sgg.); V.PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto disc.privat.*, Torino (1989); U.SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*², Torino (1992); ID., *Società commerciali, credito e mercatura*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica, Erice 22-25 novembre 1988*, a cura di M.MARRONE, Palermo (1992),pp.73-87; H.COING, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800 I* cit.,pp.519 sgg.; pp.547 sgg.; su aspetti cronologici del *ius mercatorum* vd. da ultimi, D.MAFFEI, *Il giureconsulto portoghese Pedro de Santarém autore del primo trattato sulle assicurazioni (1488)*, in *Boletim da Faculdade de Derecho de Coimbra, Homenage Meréa e Braga da Cruz*, 58 (1982), pp.703 sgg.; V.PIERGIOVANNI, *Un trattello sui mercanti di Baldo degli Ubaldi*, in *Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a D.Maffei*, Padova (1991), pp.235 sgg.

84Cfr. sulla colpa commerciale, in Francia P.RENAULT, *Base de la responsabilité contractuelle* cit.,pp.105 sgg.; in Italia C.VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale* cit.,IV, n.2166 sgg., pp.609 sgg.

85Cfr. a riguardo le considerazioni di R.OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungs-haftung* cit.,pp.61-86.

86Su questi profili, vd.R.OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung* cit.,pp.81 sgg.; A.DOLL, *Von der* vis maior *bis zur höheren Gewalt* cit.,pp.148-160.

'oggettivo' o 'soggettivo' della *höhere Gewalt*[87], che paradossalmente si trovava ad essere il limite sia della responsabilità fondata sul principio della colpa (insieme a *Zufall*), sia di quella che per definizione dalla colpa prescindeva[88]. Ciò spiega la differente via interpretativa entro cui matura il § 347 dell'*Handelsgesetzbuch* (HGB) tedesco del 1897, dove si codifica la regola del giudizio di reponsabilità in base alla «*Sorgfalt eines ordentliches Kaufmann*», applicata poi sia per la responsabilità nel deposito dei magazzini generali (HGB.§ 417 che rimanda al § 390[1] sulla responsabilità del «Kommissionar»), sia per quella del vettore marittimo («*Sorgfalt eines ordentliches Frachtführers*» § 429). In sostanza la via intrapresa è quella di attrarre queste ipotesi nella colpa, nel senso di individuare nuovi modelli di diligenza consoni alle attività imprenditoriali[89].

La moderna veste del *teneri ex recepto* in termini di responsabilità per inadempimento esclusa solo per forza maggiore nell'àmbito della responsabilità contrattuale viene invece codificata in Germania, in base anche ad una particolare storia legislativa[90], nel trasporto ferroviario (HGB § 454)[91] e, attraverso una novella del 1966, nel deposito alberghiero (BGB § 701).

In Italia si ebbe una simile discussione sia sotto il vecchio codice di commercio, sia con l'unificazione dei codici nel 1942[92], in relazione alla nozione 'obbiettiva' o 'subbiettiva' di caso fortuito, concetto che è stato codificato in alcuni articoli come causa esonerante dalla responsabilità per il deposito nei magazzini (art.1787), nel deposito in albergo (art.1785; sostituito con «forza maggiore» dalla L.1978 n.316) e per il trasporto di cose (art.1693)[93].

Se da un lato quindi, nella dottrina del XIX secolo, per chiarire il rapporto tra regola (responsabilità per colpa) e modelli alternativi a questa nella contrattazione del debitore-impresa (responsabilità senza colpa), si è ricercato proprio il fondamento romanistico di queste forme di responsabilità aggravata[94], d'altro lato l'esigenza di valorizzare il *teneri sine culpa* nelle fonti romane e nella tradizione giuridica su queste maturata, ha comportato la tendenza a ricostruire le ragioni di questi modelli entro un panorama concettuale di responsabilità 'limitata', come un'applicazione particolare del principio della colpa, in relazione a nuovi modelli di diligenza.

---

[87]Vd. le diverse posizioni in L.GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum cauponum stabulariorum*, in ZHR.3 (1860),pp.58 sgg. e pp.331 sgg. [= in *Vermischte Schriften*, Berlin (1901),II,pp.397 sgg.]; A.EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt* cit., pp31 sgg.; J.BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *Arch.civ.Praxis* 78 (1892), pp.284 sgg.

[88]Cfr. A.DOLL, *Von der* vis maior cit.,pp.148 sgg..

[89]Il KRAMPE parla di concretizzazione del § 276 del BGB nell'àmbito del diritto commerciale, il che renderebbe il § 347 HGB «überflüssig»; *Zur Entstehung des Dritten Buches: Handelsgeschäfte und Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Hrsg.: W.SCHUBERT - B.SCHMIEDEL - CHR.KRAMPE, Frankfurt am Main (1986), I, pp.77 sgg.

[90]Su questa vd. R.OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungs-haftung* cit.,pp.61 sgg.

[91]Sui riflessi in Italia, vd. C.VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale* cit., IV, n.2176, p.616.

[92]Su cui vd. F.GALGANO, *Storia del diritto commerciale* cit.,pp.103 sgg. Vd. altresì le notizie di G.OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in AA.VV., *Cinquant'anni del codice civile -Atti del convegno Milano 4-6 giugno 1992*, Milano (1993), pp.266 sgg. = Scintillae iuris cit.,II, pp.1279 sgg.

[93]Per quanto riguarda il vettore marittimo, invece, l'art.422 del *cod.della nav.* sancisce la responsabilità per la perdita e l'avaria delle cose consegnategli quando vi sia «colpa sua o... colpa commerciale dei suoi dipendenti»; cfr. a riguardo, sull'influenza della prassi marittima in relazione a questa norma, LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano (1970),pp.568 sgg. Sui problemi dati dagli artt. citati, vd. in sintesi, G.FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino (1986); 6° ed.), pp.835-837 (responsabilità del vettore); pp.846-847 (responsabilità dell'albergatore); pp.848-849 (responsabilità del magazziniere). Accentua ora l'esistenza di un «sistema unitario di disciplina della responsabilità» nel diritto dei trasporti, G.ROMANELLI, *Principi comuni del diritto uniforme dei trasporti*, in Scintillae iuris cit.,II, pp.1315 sgg., in particolare pp.1321 sgg. Sul trasporto di cose vd. altresì F.BERLINGIERI, *La disciplina della responsabilità del vettore di cose*, Milano (1978).

[94]Vd. ad es., L.GOLDSCHMIDT, *Über die vertragsmäß ige Beschränkung der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen*, in *Arch.civ.Praxis* 41 (1858), pp.406 sgg.; ID., *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* cit., pp.58 sgg.; pp.331 sgg.; ID., *Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen*, in ZHR.16 (1871),pp.287 sgg.; A.EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior)* cit., pp.3 sgg.; J.BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt* cit., pp.203 sgg.

Infatti, ad una tale conclusione si è giunti in base all'individuazione di questi àmbiti, essenzialmente, come già detto, nella responsabilità per custodia, nella resposabilità da *receptum* e nella responsabilità per fatto altrui[95], il che ha permesso la costruzione di un *teneri* limitato originariamente da alcune ipotesi tassative di *vis* (naufragio e pirateria), le quali però, con l'equiparazione tradizionale tra *vis* e *casus* operata fin dalla glossa ordinaria[96], finiscono per realizzare nella sostanza una regola analoga a quella normale del *culpam praestare~casus a nullo praestantur*.

Per ciò, per liberarsi da quelle che sono sembrati dei limiti concettuali che mal si conciliano con le esigenze poste dallo sviluppo industriale si è ritenuto di dover applicare un modello di responsabilità illimitata[97], richiamandosi anche ad esperienze estranee al nostro sistema giuridico, in particolare alla *common law*, affinché si applichi una regola generale di responsabilità oggettiva[98].

Così, recentemente l'Anelli, condizionato dalle formulazioni del codice civ. it. del 1942, conseguenti al modello di responsabilità d'impresa maturata nell'età precedente alla codificazione, costruisce una responsabilità senza colpa per rischio d'impresa come una responsabilità delimitata ‘solo’ dal caso fortuito. Quando, cioè, si incontrano formule che invece di parlare di «causa non imputabile» (art.1218), parlano di «caso fortuito» (artt.1693, 1785, 1787), si tratterebbe di un caso fortuito ‘oggettivo’, che realizza una responsabilità aggravata, una responsabilità senza colpa, costruita in termini di rischio d'impresa[99]. In realtà, però, la questione, se posta in questi termini, sembra più condizionata dal fatto di giustificare, necessariamente, su un piano testuale, della lettera del codice, una concezione della responsabilità d'impresa che si giustifica, invece, su un piano diverso.

Il caso fortuito, infatti, è causa non imputabile per eccellenza, come la colpa è al contrario il criterio-principio per imputare l'inadempimento dell'obbligazione: le formulazioni degli articoli ricordati, quindi, non fanno altro che materializzare in termini di regola la causa non imputabile che il debitore deve provare secondo l'art.1218 c.c.it.

La responsabilità-rischio d'impresa si giustifica, invece, nel sistema giuridico romanista, su un piano diverso, in quanto si tratta di accollare dei ‘pericoli’ tipici che chi svolge una attività imprenditorialmente qualificata per ciò solo si assume[100]. Questa costruzione ha quindi, dal punto di vista dogmatico, due alternative: o ritenere che l'accollo al debitore-impresa dei ‘pericoli’ così individuati non siano in nessun modo conseguenza dell'applicazione del principio della colpa, in sostanza che i criteri d'imputazione prescelti (l'attività svolta e l'àmbito dell'organizzazione) siano espressione di una responsabilità senza colpa. Oppure ritenere che questi realizzino comunque un giudizio negativo, un rimprovero del debitore-impresa, che sostanzia un nuovo tipo di colpa adattato al particolare soggetto dell'obbligazione. L'alternativa che la scienza giuridica moderna si

---

[95]Cfr. R.OGOREK, *op.ult.cit.*,pp.81 sgg.

[96]Cfr. D.MAFFEI, *op.ult.cit.*,pp.24-25

[97]Una simile posizione, proposta ad es. da EXNER in materia di trasporto ferroviario (*Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, Paris [1892]), tesa a porre «a carico delle imprese ferroviarie anche il caso fortuito, come rischio professionale», che le «renderebbe assicuratrici del trasporto», non avrebbe, secondo il VIVANTE, «fondamento nel diritto vigente, quale risulta dalla sua storia, nonché dalla dottrina e dalla giurisprudenza che lo vennero interpretando»; *Trattato di diritto commerciale* cit., IV, num.2177, p.617 n.215. Vd. per un tentativo recente di costruire una responsabilità d'impresa come responsabilità illimitata; M.R.WILL, *Quellen erhöhten Gefahr*, München (1980), pp.296 sgg.; *contra* vd. H.KÖTZ, *Gefährdungshaftung*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln (1981), II, pp.1779 sgg.; in particolare p.1807.

[98]Vd. P.TRIMARCHI,*Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv.trim. dir.proc.civ.* XXIV (1970),pp.512 sgg. A riguardo va comunque detto che, al di là di ulteriori considerazioni, dal punto di vista economico la cosa più importante è che ci sia certezza giuridica su come individuare la responsabilità in caso di inadempimento; cfr. a riguardo R.PARDOLESI, *L'analisi economica e la disciplina del rischio contrattuale*, in *Pol.dir.*1978, pp.311 sgg.. Vd. altresì P.GALLO, *Sopravvenineza contrattuale* cit., pp.385 sgg.

[99]F.ANELLI; *Caso fortuito e rischio d'impresa* cit.,pp.157 sgg.

[100]Vd. ad es. H.KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr*, in *Arch.civ.Praxis* 170 (1971), pp.1 sgg., in particolare, pp.28 sgg.; J.HÜBNER, *Schadenszurechnung nach Risikosphären*, Berlin (1974), pp.139 sgg.; L.MENGONI, *Responsabilità contrattuale* cit., pp.1092 -1095.

trova ad affrontare ed a discutere è, nella sostanza, la stessa che ha già impegnato alcuni tra i più grandi giuristi romani. Servio Sulpicio Rufo e Antistio Labeone, infatti, rispetto all'elaborazione di criteri d'imputazione dell'inadempimento più consoni ai potenziati strumenti negozialòi di scambio e di uso di beni, scelgono la prima linea interpretativa sopra indicata, in termini di ‘spettanza’, ‘appartenenza’ al debitore dei ‘pericoli’ che una certa attività, svolta attraverso una organizzazione complessa di uomini e mezzi, di per sé implica, come criterio distinto dall'imputazione per colpa. Celso e Gaio, invece, continuando una tradizione che possiamo far risalire a Mucio e Sabino, fanno ricorso, estendendolo il più possibile, al procedimento logico del *culpae adnumerare*, mantenendo la dinamica imposta all'interpete dalle nuove esigenze della vita sociale ed economica all'interno della regola[101].

La responsabilità, in entrambi i casi, si giustificherebbe in base all'individuazione di attività che impongono un simile aggravamento del normale principio, in quanto il debitore che si impegna *ex contractu* a svolgerle secondo buona fede, si serve appunto di una complessa rete di uomini e mezzi di cui risponde a prescindere dall'individuazione in concreto di una sua specifica colpa. La differenza sarebbe data, invece, dalla diversa *vis* attrattiva che si riconosce al concetto di colpa[102].

La ‘sfera’ di attività ed organizzazione individuante il criterio di responsabilità del debitore-impresa, è quindi coerente con la tradizione dogmatica della responsabilità collegata ai pericoli tipici dell'attività che il debitore svolge e con il dettato dei codici che con questa tradizione convergono. Il vettore si assume, cioè, i rischi e i pericoli impliciti nell'attività di trasporto, perchè tale attività si esercita attraverso una organizzazione di uomini e cose; così il costruttore edile, il magazziniere e l'albergatore. Non sono più soltanto il singolo debitore ed il modello dell'uomo-diligente che materializzano lo sforzo debitorio che si può richiedere secondo buona fede, segnando il limite della sua responsabilità, ma la sfera individuata con quella particolare organizzazione espressa dal moderno concetto di ‘impresa’, che impone di considerare il limite della responsabilità, limite espresso tradizionalmente con il concetto di caso fortuito, come gli accadimenti che estranei a questa organizzazione impediscano al debitore l'adempimento[103], similmente a quanto disponeva Servio Sulpicio Rufo in relazione alla *vis extraria* rispetto alla *domus* colonica, cioè ad un particolare tipo di organizzazione agricola (D.19,2,30,4).

Dal nostro punto di vista è poi interessante notare come nella scienza giuridica moderna, la discussione sulla responsabilità d'impresa sembri trovare, pur con molte differenze, una giustificazione non solo come responsabilità senza colpa (tesi che, come ho detto, nella sostanza può farsi risalire ai giuristi romani Servio e Labeone), ma anche come un tipo di responsabilità per colpa costruita su un nuovo parametro di giudizio, quello del controllo sull'organizzazione di uomini e cose attraverso cui l'impresa adempie alla sua obbligazione (il che sarebbe coerente col *culpae adnumerare* del modello muciano-sabiniano).

In particolare con la prima impostazione si accentuerebbe un significato acquisito di colpa, come negligenza, imperizia ed imprudenza, significato essenzialmente maturato sul modello del debitore-singolo uomo, che non sarebbe idoneo ad abbracciare anche la particolare imputazione emersa con maggiore evidenza nell'inadempimento dell'impresa. Si dovrebbe quindi considerare questa un tipo di logica estranea al principio, appunto una responsabilità senza colpa. La seconda, invece, considera la responsabilità conseguente all'inadempimento dell'impresa, espressione di un

---

[101]Mi si permetta di rimandare nuovamente al mio, *L'obbligazione di* praestare cit.,pp.310-311 (Servio); 393 sgg. (Labeone); pp.415 sgg. (Sabino, Celso, Gaio).

[102]Il TUNC, *Traité théorique* cit., I, afferma che in questo àmbito «l'exécution n'est plus alors le fait d'un homme, mais d'une o r g a n i s a t i o n d'homme» (p.745), quindi, il nuovo criterio d'imputazione modifica l'àmbito riconosciuto alla forza maggiore come causa d'esonero dalla responsabilità, in quanto si tratterà di una circostanza irresistibile ed esterna alla sfera organizzativa dell'impresa (p.746). Vd. da ultimo su questo tipo di problemi, F.MAZZINI, *Rischio d'impresa, diligenza e responsabilità degli amministratori di banca*, Milano (1996), passim.

[103]Così il MENGONI, che parla di «causa estranea (ai rischi calcolabili dall'imprenditore)» come limite della responsabilità d'impresa; *Responsabilità contrattuale* cit.,p.1094; vd. altresì F.REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp.273-275.

rimprovero ascrivibile a colpa. In particolare si rimprovererebbe al debitore-impresa l'incapacità di controllare i fattori umani e no operanti all'interno della sua sfera organizzativa.

In conclusione, il modello di responsabilità d'impresa, qualsiasi sia l'interpretazione che troverà maggiore consenso negli anni a venire, non esclude, ma semmai rafforza -nel primo caso in termini di eccezione nel secondo modificandone i contenuti - la regola della colpa normalmente seguita nei rapporti obbligatori, coerentemente con le formule codificate che esprimono il principio in materia di responsabilità e la interpretazione di esse.[104].

5.*Considerazioni conclusive*

Per concludere, le codificazioni moderne hanno svolto un ruolo importante in materia di responsabilità per inadempimento, in quanto, sebbene caratterizzate da momenti normativi in parte disomogenei, hanno permesso da un lato un rinnovamento della riflessione giuridica sui presupposti di questa responsabilità, rafforzando, se vogliamo, in termini di regola il principio della colpa caratterizzante il sistema giuridico romanista fin dal suo *principium* (Q.Mucius Scaevola→Iustinianus D.50,17,23), e d'altro lato una apertura alle esigenze collegate ai nuovi problemi che il sistema economico su base capitalistica, all'interno di un mercato globale, determina anche in materia di inadempimento dell'obbligazione, apertura che proprio in relazione alla cd. responsabilità-rischio d'impresa sembra far emergere i termini di una discussione che sviluppa, approfondendoli, modelli di responsabilità già proposti dalla giurisprudenza romana.

In questo movimento di pensiero, partito dal diritto romano, maturato su questo ed arricchito con la riflessione sui codici, il sistema giuridico, del quale partecipano i diversi ordinamenti statali di tradizione romanistica, fa emergere con evidenza e forza, tanto più quanto si guarda da una prospettiva sovrannazionale, il ruolo del giurista come strumento di mediazione ineliminabile della tradizione dogmatica, del suo svolgimento e dei suoi adeguamenti indotti dalle nuove esigenze del mondo economico e sociale. Ciò sembra particolarmente significativo nell'àmbito della responsabilità contrattuale in quanto in esso i concetti e le regole, elaborati dai *prudentes iuris* dei diversi paesi, accentuano nella sostanza connotati omogenei, nei quali le particolarità imposte all'interprete dalle soluzione codificate sono risolte coerentemente all'unitarietà del sistema che li contiene, dimostrando di seguire in materia ciò che può qualificarsi come un vero e proprio ‘diritto comune’.

---

[104]Cfr. a riguardo la riflessione sulla potenzialità insita nel concetto di «causa non imputabile» al fine di comprendere la *ratio* della responsabilità d'impresa, rispetto alla via alternativa del potenziamento smisurato del concetto di diligenza professionale; G.VISINTINI, *La responsabilità contrattuale* cit.,pp.156-158; pp.168 sgg.